COMMENTARIUS AD D. JUSTINIANI INSTITUTIONUM IMPERIALIUM 4. LIBROS A JOAN...

Johann Georg Kees

B 17
4
30
BIBLIOTECA NAZIONALE CENTRALE - FIRENZE

R. BIBLIOTECA NAZIONALE CENTRALE
FIRENZE

LIBRI
DONATI DAL
DOTTOR ANNIBALE GIULIONI
GIURISTA
Nato a Firenze il 7 Febbraio 1807
e morto il 1° Dicembre 1885 in Firenze

16 Maggio 1896

Digitized by Google

Digitized by Google

COMMENTARIUS
AD
D. JUSTINIANI
INSTITUTIONUM
IMPERIALIUM
IV. LBROS,
A
JOAN. GEORGIO KEES,

J. U. D. Aulæ, & Judiciorum Advocato, Reverendiſſimi & Celſiſſimi DD. S. R. I. Principis, & Epiſcopi Viennenſis Conſiliario Conſiſtoriali, nec non Incylti Reverendiſſimorum, & Ampliſſimorum Inferioris Auſtriæ DD. Prælatorum Status SS. Canonum Profeſſore

COMPOSITUS,

Et in Antiquiſſima ac Celeberrima Univerſitate Viennenſi ſtudioſæ Legum Juventuti in Privatis Collegiis expoſitus,

[illegible] hac Editione reviſus, multis a mendis repurgatus, ac augmentatus.

LIBER I. II.

Cum Speciali Privilegio Sac. Reg. Hung. & Bohem. Majeſt.

VIENNÆ AUSTRIÆ,
Sumptibus JOANNIS PAULI KRAUS, ibidem negotiantem prope Palatium Regium. Anno M. D.CC. XLIV.

INDEX
Titulorum Libri II.

Titulus
XXI De Ademptione, & tranſlatione legatorum. p. 451
XXV. De Codicillis. 466
VII. De Donationibus. 315
XIII. De Exhæredatione liberorum 363
XXIII. De Fideicommiſſariis hæreditatibus, & ad Senatus-Conſultum Trebellianum. 458
XIV. De Hæredibus inſtituendis. 374
XIX. De Hæredum qualitate, & differentia. 418
XVIII. De inofficioſo teſtamento. 406
XX. De Legatis. 424
XXII. De Lege Falcidia. 453
XVI. De pupillari ſubſtitutione. 389
IX. Per quas perſonas cuique acquiratur. 337
VIII. Quibus alienâre liceat, vel non. 330
XVII. Quibus modis teſtamenta infirmentur. 401
XII. Quibus non ſit permiſſum facere teſtamentum. 359.
II. De rebus corporalibus, & incorporalibus. 260
I. De rerum diviſione, & acquirendo ipſarum dominio. 197
III. De Servitutibus ruſticorum, & urbanorum prædiorum. 263
XXIV. De ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis. 529
XI. De teſtamento militari. 356
X. De teſtamentis ordinandis. 341
XI. De uſucapionibus, & longi temporis præſcriptionibus. 289
V. De uſu, & habitatione. 286
IV. De uſufructu. 275
XV. De vulgari ſubſtitutione. 380

TITU-

B. 17. 4. 30

INSTITUTIONUM DIVI JUSTINIANI LIBER I.

TITULUS I. DE JUSTITIA & JURE.

SUMMARIA.

1. Rubrica de Juſtitia & Jure bene concepta eſt. 2. Diluuntur argumenta contraria. 3. Quid ſit Juſtitia? 4. Qualis definita ſit, Divina, an humana? 5. Quotuplex ſit? 6. Particularis dicitur eſſe definita, non univerſalis. 7. Solvuntur objectiones. 8. Quid ſit Juſtitia commutativa? 9. An obſervetur in illa proportio Geometrica, an Arithmetica? 10. In impoſitione pœnarum obſervatur proportio Arithmetica. 11. Definitur Jurisprudentia. 12. Quot ſint præcepta Juris? 13. In ſuum corpus non licet ſævire. 14. Solvuntur argumenta contraria. 15. Jus aliud publicum, aliud privatum. 16. Quid publicum? 17. Quid privatum?

SOlerter & congruenter titulum primum de Juſtitia inſcribi dixeris; quia hæc eſt finis intrinſecus noſtræ artis, qui finis in quavis diſciplina & arte recte perfecteque tradenda primum exquirendus eſt, ad quem omnis actio, ac mentis contemplatio dirigatur.

Dixi *finis intrinſecus*; extrinſecus enim eſt tranquillitas publica, civiumque ſubditorum ſalus, juxta vulgatum il-

illud: Salus Reipublicæ ſuprema lex eſto. *Manz. bien 1. & 4.*

Quæres I. An rubrica hæc bene conceptа ſit? Sunt, qui negent, atque doceant, quod concinnius rubrica inſcriberetur de Jure & Juſtitia, quemadmodum Theologi id faciunt. Moventur, quia Jus eſt objectum Juſtitiæ; ſed objectum prius eſt illo, cujus eſt objectum: ergo jus eſt prius Juſtitia. *Minor patet*; quia utique objectum debet prius exiſtere, quam illud, cujus eſt objectum, quia ab hoc primo in objectum debet eligi.

1 Verum hoc non obſtante teneo, rubricam recte & bene conceptam eſſe. *Ita Harp. hic n. 5. Schamb. hic pag. 23. Hunn Var. reſol. pag. 25. q. 8.*

Probatur ex *l. 1. ff. de J. & J.* ubi dicitur, *Jus a Juſtitia appellari.* Si itaque Jus deſcendat a Juſtitia, ſequitur, quod Juſtitia prior ſit Jure, ſicuti mater, ex qua deſcendit filius, debet prior eſſe filio.

2 Pro ſolutione rationis dubitandi ſciendum eſt, vocabulum *Juris* dupliciter ſumi: primo, pro juſto, & æquo, & ſecundo, pro arte Juris. Primo ſenſu acceptum, Jus eſt prius Juſtitia; quia Juſtitia eſt habitus inclinans voluntatem ad id agendum, quod juſtum & æquum eſt; ergo Juſtitia poſterior eſt Jure; quia ratio dictat, id prius eſſe, quod eſt objectum, & ad quod inclinat, quam id, cujus eſt objectum, & quod inclinat.

Jus acceptum in ſecundo ſenſu, poſterius eſt Juſtitia; quia omnis ars poſterior eſt illa re, quæ docetur; cum ergo jus ſit ars boni & æqui, *l. 1. ff. h. t.* id eſt, modus demonſtrativus, quomodo Juſtitia tractari debeat, igitur ſequitur, quod ſit Juſtitia poſterius, utpote quæ docetur; id enim, quod oſtenditur, prius eſt, quam id, quod oſtendit, *Zoeſ. ff. h. t. n. 3.* adeoque Jus pro arte Juris acceptum habet pro objecto Juſtitiam, atqui objectum eſt prius eo, cujus eſt objectum; ergo Juſtitia eſt prior Jure. *Hertogh. h. t. n. 9.*

Ad Principium.

3 Definitur Juſtitia, quod ſit *conſtans & perpetua voluntas Jus ſuum cuique tribuendi. text. hic, & l. 10. ff. h. t.* Ly *voluntas* ponitur loco generis, ut denotetur, actus Juſtitiæ debere eſſe voluntarios; quia is non dicitur juſtus eſſe, qui caſu juſta facit, vel metu pœnæ coactus. Deinde ly *voluntas* non accipitur pro ipſa potentia volitiva, ſed habitu voluntatis: non enim juſtus eſt, qui vult juſte agere, ſed qui & vult juſte agere, & ſimul juſte agit, nec unquam aliter vult agere. Sic licet fur centies iſtum actum voluntatis eliciat: Reſtituam ablatos centum; ſi eosdem non reſtituat actu, juſtus non eſt.

Non adverſatur primo: Male Juſtitia dicitur eſſe voluntas, quia Juſtitia eſt ad aliud, actumque denotat; ergo genus Juſtitiæ laborat vitio. Reſpondetur enim, *diſting. ant.* male dicitur Juſtitia eſſe voluntas, ſi ly *voluntas* accipiatur pro ipſa potentia volitiva, *conc.* ſi intelligatur pro habitu voluntatis, quatenus aliquis vult juſte agere, juſte agit,

Google

agit, nec unquam aliter vult agere, *neg. ant. & conſ.*

Non adverſatur ſecundo: Male definitur Juſtitia, quod ſit conſtans & perpetua voluntas, cum ſolius DEI voluntas ſit conſtans & perpetua; homo autem propter lubricos affectus facile a juſti ratione traduci poſſit, cum nihil in homine ſtabile ſit, *Nov. 7. cap. 2.* Reſpondetur enim: ex eo, quod actu ipſo juſtus non ſemper Juſtitiam exerceat, ſed quandoque ob carnis imbecillitatem, atque humanæ naturæ fragilitatem in devia labatur, non ſequi malè Juſtitiam definiri: ſufficit enim juſtum aliquem eſſe habitu & voluntate, quatenus ſcilicet firmo & conſtanti animo agit, & nunquam aliter vult agere. *Manz. hic n. 15.* Ubi dicit, perpetuum dici non tantum id, quod re ipſa tale eſt, ſed quod ex mente hominis; quemadmodum in principio Proœmii diximus, Imperatorem ſemper eſſe Auguſtum, non quod ſemper augeat Imperium actu ipſo, ſed quod debeat eſſe ejus voluntas & propoſitum augendi perpetuum. Sic matrimonium dicitur individua vitæ conſuetudo, licet aliquando fiat divortium, ſufficit enim mentem contrahentium talem fuiſſe, ut perpetuo convivere, & nunquam velint ab invicem diſcedere.

Dividitur primo Juſtitia in *Divinam & humanam.* Illa eſt, quæ in Divina mente reſidet. Hæc inter homines invenitur.

4 Q. II. An definitio Juſtitiæ concernat Divinam, an vero humanam? Dixeris prima fronte, Divinam. *1mo.* quia conſtans & perpetua voluntas eſt in ſolo DEO, non etiam in homine, ergo Juſtitia Divina definita eſt.

2do. DEUS dixit per os Salomonis: *Meum eſt opus, quod Reges regnent, & legum conditores juſta decernant*, ergo definitur Juſtitia divina

3tio. Juris-Conſulti dicuntur eſſe Sacerdotes *l. 1. ff. h. t.* Nemo autem Sacerdos eſſe dicitur, niſi rei Divinæ: ergo loquitur de Juſtitia Divina.

His in contrarium nihil remorantibus tenendum eſt, definitam eſſe Juſtitiam humanam, *Ita Huun. Var. reſol. q. 2. in pr. Zoeſ. ff. h. t. n. 21. Harp. hic n. 40. Chlng. q 2. h. t. Schamb. hic.*

Ratio prima, quia Juſtitiam in *l. 10. ff. h. t.* definivit Ulpianus homo gentilis & ethnicus, qui Divinam Juſtitiam ignoravit, ac proinde eam definire non potuit.

Secundo: quia illa Juſtitia definita eſt, quæ informat homines, quomodo ſe in Republica pro conſervanda quiete gerere debeant, ſed DEUS informatione non indiget; ergo.

Tertio: Ulpianus in *d. l. 10.* illam Juſtitiam definit, quam homines aſſequi poſſunt; ergo humanam definivit, cum Divinam homo aſſequi non poſſit.

Ad *1mam* dubitandi rationem patet ſolutio ex dictis; quia non deſideramus pro Juſtitia voluntatem conſtantem & perpetuam phyſice, ſed moraliter & in ſenſu accommodo. Quamvis proinde homo a via Juſtitiæ deflectat, & ſuum cuique non tribuat, id tamen non fit vitio Juſtitiæ, ſed ex perverſa hominis natura. Ideo lapſus hominis non imputandus eſt virtuti Juſtitiæ, ſed perverſæ hominis naturæ, quam Juſtitia ad ſuum cuique tribuendum ſemper inclinat.

2dum argumentum plus non probat, quam quod Juſtitia quoad originem

 di-

Divina ſit; ſicut enim omne bonum a DEO eſt, ita etiam Juſtitia. Deinde ſequeretur, nullam dari Juſtitiam humanam, ſed omnem Juſtitiam Divinam eſſe, cum omnis Juſtitia a DEO ſit.

3tium exinde ruit, quia tantum per ſimilitudinem quandam appellantur Sacerdotes: ſicuti enim Sacerdotes ſunt Interpretes religionis, DEIque cultus, ita JCti dicuntur interpretes boni & æqui.

Dividitur *2do* Juſtitia in *univerſalem* & *particularem*. *Univerſalis* eſt complexus omnium virtutum pertinens ad ea omnia, circa quæ vir bonus verſari debet. Et hæc Juſtitia cum omni alia virtute concurrit, & accipitur pro obedientia univerſali erga omnes leges, Divinas & humanas, naturales & civiles, quo ſenſu

Juſtitia in ſeſe virtutes continet omnes.

5 *Particularis* eſt, quæ hominem primario inclinat ad perpetuo ſuum cuique tribuendum. Dicitur *cuique*, id eſt, alteri a ſe in individuo, proprium enim Juſtitiæ particularis munus & officium eſt extra ſe agere, & ſuum cuique, id eſt, alteri a ſe debitum tribuere. Quare in hoc differt a Juſtitia univerſali, quæ eſt virtus, quæ principaliter ad intra agit, & ſe ipſam reſpicit, non tertium, v. g. prudentia in prudente.

Q. III. Quæ Juſtitia, an univerſalis, an particularis hic definita ſit? Sunt, qui univerſalem definitam ſtatuant, quibus ſe adjungit. *Hunn var. reſol. in princ. q. 3.*

Movetur *1mo*: quia in Jure noſtro non tantum præcipitur, ut Jus ſuum cuique tribuatur, ſed etiam præcipitur, ut quis temperantiæ ſtudeat, non committat adulterium, nec utatur libidine, ſine recta ratione, *ut patet ex tit. de adult.* deinde inſuper in Jure præcipitur id, quod eſt manſuetudinis, ut non pulſare, non convitia dicere, *tot. tit. de injur.* ergo non eſt definita Juſtitia particularis, ſed univerſalis.

2do Finis Juſtitiæ eſt ſalus & tranquillitas Reipublicæ; ſed ſalus & tranquillitas Reipublicæ ex eo ſolo, quod Jus ſuum cuique tribuat, exoriri non poteſt, niſi ſimul prohibeantur adulteria, ſtupra &c. ergo Imperator, qui ſalutem & tranquillitatem Reipublicæ promovere voluit, non videtur voluiſſe definire Juſtitiam particularem, ſed univerſalem.

His non adverſantibus verius eſt Juſtitiam particularem hic definitam eſſe. *Schamb. hic Zoëſ. ff. h. t. n. 16. Franz. Inſt. h. t. n. 21.*

Ratio ſola & unica, quia dicitur in definitione: *Jus ſuum tribuendi cuique*, id eſt alteri a ſe. Jam hoc eſt ſoli Juſtitiæ particulari proprium; reliquæ enim virtutes principaliter ad intra ſunt, & ſe ipſas reſpiciunt, atque hominem perficiunt in ſe, ſicut prudentia in prudente: non vero reſpiciunt tertium, & non perficiunt hominem ad Jus ſuum cuique tribuendum. Quare Ariſtoteles recte dixit: *Alienum bonum ipſa Juſtitia ſola ex omnibus virtutibus & habetur, & eſt: cum ſit ad alium; agit enim ad ea, quæ alii, vel Principi, vel Reipublicæ conferunt*, ac ſi vellet dicere, cæteras virtutes urentes proprias eſſe, Juſtitiam autem communem & publicam. Pro fundamento ergo capeſſe, ſoli Juſtitiæ proprium eſſe, ut extra ſe agat, & ſuum cuique, id eſt, alteri a ſe debitum tribuat: hoc, cum aliis virtutibus pro-

proprium non ſit, ideo ſignum eſt, quod Juſtinianus, dum ait: *Jus ſuum cuique tribuendi*, Juſtitiam particularem definite voluerit.

℞ Ad *1mum*. Actus adulterii, ſtupri &c. & alios ejusmodi etiam in Jure noſtro prohiberi, non autem ſub hoc reſpectu, quatenus læditur caſtitas, vel virginitas, ſed quia etiam per adulterium uxori injuria infertur. Sic actus manſuetudinis & fortitudinis etiam in Jure præcipiuntur, ſed non præcipiuntur, quia perficiunt hominem in ſe, hoc eſt, faciunt hominem fortem, aut manſuetum, & ad intra agunt, ſed quia ſunt Juris & Juſtitiæ, quia alias pulſato inferretur injuria: & miles, qui locum in acie deſerit, arma abjicit, & fugit, patriæ jus ſuum non tribueret. Reſpondetur 2do præcipi in Jure noſtro etiam alias virtutes, non quidem per ſe primario, ſed ſecundario, ne facilius obtineamus finem Juſtitiæ particularis, hinc ideo etiam actus aliarum virtutum imperantur, ne iis contemptis Juſtitiæ particularis finis impediatur.

Ad *2dum*. eadem eſt ſolutio, quia adulteria prohibentur etiam in Jure noſtro, ſed non quatenus læditur caſtitas, & homo per hanc perficitur in ſe incaſtus, ſed quia uxori Jus ſuum non tribuitur.

Dices: Ergo neque particularis Juſtitia eſt definita, quia etiam hæc non eſt ſemper ad alios, ſed etiam ad ſe: ſi enim quis ſibi manum amputet, non alteri, ſed ſibi facit injuriam; ergo Juſtitia particularis eſt etiam ad ſe. ℞ Falſum eſſe, amputando ſibi manum, alteri non fieri injuriam, quia vel uxori, vel liberis, vel Reipublicæ, vel DEO fit injuria, cum nemo ſit membrorum ſuorum Dominus. *Schamb. loc. cit.*

Dividitur 3tio: Juſtitia in *commutativam, diſtributivam, & vindicativam.*

8 *Commutativa* eſt, quæ in commerciis, & rerum privatarum permutatione verſatur, ſervata proportione arithmetica. *Diſtributiva* eſt, quæ in prœmiis, & officiis pro cujusque merito diſtribuendis verſatur, ſervata proportione geometrica.

9 Servari dicitur proportio arithmetica, ſi habetur reſpectus rei ad rem, ſive quantitatis ad quantitatem, v. g. ſi equum emi 20. fl. totidem ex Juſtitia commutativa teneor ſolvere; ſi 10. fl. furatus ſum, teneor decem reſtituere; ſi centum promiſi, teneor centum ſolvere.

Proportio geometrica ſervari dicitur, quando habetur reſpectus rei ad perſonam, v. gr. miles gregarius, & Bellidux ſimul occuparunt urbis mœnia: hoc in caſu majori prœmio afficitur Bellidux, quam miles gregarius. *Oblatus q. 5.* ſic quoque in diſtribuendis officiis geometrica ſervatur proportio, majora enim nobili, doctoque viro committenda ſunt munia, quam ignavo inertique.

Sane Juſtitia diſtributiva in ſenſu ſtricto & rigoroſo non eſt Juſtitia; quia ſubditi nullum habent jus ad officium, honorem, vel dignitatem, dixi *nullum habent jus*, puta quæſitum. Hinc licet Princeps officium minus digno contulerit, præterito magis digno, non tamen tenetur ad reſtitutionem. Juſtitia vindicativa eſt, quæ in puniendis delictis locum habet. *Franz. h. t. n. 29.*

Q. IV. Obſerveturne in impoſitione

pœnarum proportio geometrica, an arithmetica? ℞. obſervari proportionem arithmeticam.

Ratio: quia tunc obſervatur proportio arithmetica, ſi in ſingulis ſervatur æqualitas, ſed in impoſitione pœnarum in ſingulis ſervatur æqualitas, ergo obſervatur proportio arithmetica. *Minor patet*, quia pœna debet commenſurari delicto, & nec major, nec minor imponi.

Confirmatur: ideo in emptione & venditione obſervatur proportio arithmetica, quia pretium reſpondet merci, ergo etiam ideo in impoſitione pœnarum obſervatur proportio arithmetica, quia pœna reſpondet culpæ.

Obj. In impoſitione pœnarum habetur reſpectus perſonarum, quia gravius puniuntur ſervi, quam liberi, plebeji, quam nobiles &c. ergo obſervatur proportio geometrica. ℞. *diſtinguendo* gravius puniuntur ſervi, quam liberi, gravitate materiali, *conc.* formali, *neg.* Cuilibet pœna ſecundum qualitatem delicti imponitur, ita, ut tanta ſit pœna, quanta eſt culpa. Quod autem videatur inter pœnam & culpam eſſe improportio, conditio perſonæ facit. Unde v. g. ſi ruſticus & nobilis viro honeſto verbera impingant, utique gravior culpa eſt in ruſtico, quam nobili.

§. Juris Prudentia, I.

11 POſt Juſtitiæ definitionem Imperator Juſtinianus definit Jurisprudentiam, atque, quod ſit *Divinarum, atque humanarum rerum notitia, juſti & injuſti ſcientia.* Hoc eſt, Jurisprudentia eſt habitus intellectus, quo quis cognoſcit res Divinas & humanas, non quidem eas in ſuis eſſentiis (hoc enim Theologis & Philoſophis relinquimus) contemplando, ſed juſtitiam circa eas adminiſtrando, atque oſtendendo, quid juſtum, quidve injuſtum ſit; illud, ut faciamus, hoc, ut fugiamus. *Zoiſ. ſtib. 1. 5.* Adeoque Jurisprudentia talis eſt notitia, quæ tradit, quid in rebus Divinis v. g. rebus ſacris, religioſis, ſanctis, & humanis juſtum ſit, atque injuſtum. *Manz. n. 2.*

Obj. 1mo: Logica ſive Philoſophia eſt etiam rerum humanarum, & Theologia Divinarum ſcientia; ergo male definitur Jurisprudentia. ℞. Philoſophiam & Theologiam res humanas ac Divinas non examinare ex regulis juſti, & injuſti, æquum ab iniquo ſeparando, aut licitum ab illicito ſecernendo, ſed in ſuis eſſentiis, ac proprietatibus contemplando, adeoque diverſus eſt Philoſophiæ & Jurisprudentiæ finis, hæc enim non intendit eſſentias rerum cognoſcere, ſed Juſtitiam de iis adminiſtrare.

Obj. 2do. Nulla definitio poteſt conſtare dupliri genere, ſed Jurisprudentia modo ars, modo notitia, modo ſcientia appellatur; ergo non videtur concinne definita. ℞. Artem, notitiam, & ſcientiam invicem in Jure confundi, & promiſcue uſurpari.

§. His igitur. 2.

TRadita jurisprudentiæ definitione, Juſtinianus nunc declarat, qua docendi vel diſcendi ratione ejus cognitio comparari poſſit, atque, ut ii, qui legitimæ ſcientiæ cognitionem docent, & jura populi Romani ſcire affectant,

ſtant, a primis principiis exordium capiant & primo quidem levi, ac ſimplici via, deinde diligentiſſima atque exactiſſima interpretatione exquiſite ſingula tradant. Ratio eſt in ipſo textu; quia alias infirmi adoleſcentum, juvenumque animi multitudine ac varietate rerum onerati, vel ex diffidentia quadam ſtudium Juris penitus deſerunt, vel propter difficultatem tardius, & cum magno labore ad cognitionem ejus pertingunt. Proinde non eſt vaſto illi Juris Oceano temere ſe committendum, ſed a facilioribus & minimis incipiendum, ut ad majora perveniamus; nemo enim repente fit ſummus, & qui vadit planè, vadit ſane. *Schneid. hic.*

§. Juris 3.

12 PRæcepta Juris tria ſunt: *Honeſte vivere, alterum non lædere, jus ſuum cuique tribuere.*

Primum itaque præceptum Juris eſt: *Honeſte vivere*, atque hoc præceptum ad uniuscujusque perſonam propriam pertinet, & præcipit, ut honeſte, id eſt, temperate, verecunde, ac probe, & cum virtute vivamus, omnesque noſtras actiones, ſermones, & cogitationes ita inſtituamus, quemadmodum lex & recta ratio ſuadet: ne quid contra honeſtatem inconſulte, negligenter, aut temere cogitemus, dicamus, vel agamus, ſed in omnibus vitæ actionibus non ſolum id, quod licet, ſed id, quod honeſtum eſt, ſpectemus. *Schneid. & Mann. hic.*

Secundum præceptum eſt: *Alterum non lædere.* Hoc præceptum pertinet ad injurias, vel delicta, ut videlicet aliquis ab illis abſtineat, neminem in corpore, rebus, vel fama ſua offendat. *Mann. hic n. 12.* Ex hoc præcepto non alterius duntaxat, ſed etiam ſui ipſius offenſio prohibita eſt, ita, ut is, qui ex propoſito vel metu criminis perpetrati, ſe ipſum graviter lædit, & vulnerat, capite puniatur. *L. 6. §. qui ſe vulneraverit ff. de re milit.* ratio, quia nemo eſt ſuorum membrorum dominus. *L. 13. ff. ad L. Aquil.*

Q. V. An jure noſtro civili, homini libero liceat in ſuum corpus ſævire, ſibi violentas manus vel vulnera inferendo?

Dixeris prima fronte, quod ſic, *1mo:* quia præceptum Juris eſt, *alterum non lædere*, ergo argumento a contrario deducto (quod in Jure eſt fortiſſimum & frequentiſſimum *L. 1. §. 1. ff. de off. ejus, cui eſt mand. Jurisdict.*) ſe ipſum lædere licebit. ad quid enim alias diceret, alterum, ſi etiam ſeipſum lædere prohibitum eſſet?

2do: volenti non fit injuria; ergo licebit in ſuum corpus ſævire, quoniam in corpus alterius ideo ſævire prohibetur, ne alteri fiat injuria

3tio: per *L. 9. §. ſi ipſe ſervus 4. ff. de peculio:* ubi expreſſe dicitur, *licere etiam ſervis naturaliter in ſuum corpus ſævire.* Ex quibus verbis colligitur, idem licere homini libero, ex duplici argumento: primo, quia dicit JCtus, *etiam hoc licere ſervis*, quæ verba implicativa ſunt, atque innuunt, præter ſervos, alios eſſe, quibus hoc itidem permittatur. Secundo textus ait *naturaliter* hoc ſervis licere, hoc eſt, Jure naturæ. Jus autem naturæ omnibus peræque convenit, & hominibus liberis commune eſt cum ſervis; *L. 32. ff. de R. J.* ergo ſi ſervo in cor-

corpus ſuum licet ſævire, multo magis licebit libero, quia ſervus minus eſt membrorum ſuorum Dominus, quam liber.

13 His non obſtantibus, probo ſententiam, quæ docet, non licere in ſuum corpus ſævire. Ita *Harp. n. 10. hic Hunn. var. reſ. pag. 15. q. 17.*

1mo: quia præceptum Divinum generale eſt, *ne occides*, id eſt, neque te, neque alium; ergo, cum præceptum non diſtinguat, nec nos diſtinguere debemus.

2do: quia ob charitatem & Juſtitiam prohibetur homicidium: atqui contra iſtam charitatem vel maxime ille peccaret, qui ſe ipſum occideret, imo gravius peccaret aliquis, ſeipſum occidendo, quam alterum, quia quisque ſibi proximus eſt, & amor incipit a ſe ipſo, ergo &c.

3tio: quia graviſſima poena in illos conſtituta eſt de Jure civili, qui ſe ipſos vulnerant, aut mortem ſibi conſciſcunt. *l. 6. §. 7. ff. de re milit.* quomodo ergo adverſarii audent aſſerere, Jure civili permiſſum eſſe, in corpus ſuum ſævire; cum Jus civile ſævienti graviſſimam poenam dictet?

4to: quia nullus eſt ſuorum membrorum dominus, auctore Ulpiano in *l. 3. ff. ad l. Aquil.* Unde & paſſim Theologi docent, hominem non eſſe dominum, ſed ſolum cuſtodem vitæ ſuæ & membrorum ſuorum, dominium autem horum eſſe apud ſolum Deum. *Harp. n. 12.*

14 Ad *1mum* ℞. Argumentum a contrario nunquam procedere, quando expreſſa legis diſpoſitio reſiſtit in contrarium, aut aliquod abſurdum ſequitur, quod utrumque hoc in loco accidit, uti ex argumentis pro noſtra ſententia adductis patet. *Harp. n. 17.*

Ad *2dum* ℞. hoc axioma *Volenti non fit injuria*, non eſſe generaliter & abſolute, ſed ſecundum quid accipiendum, quod videlicet volenti non fiat injuria ad hoc, ut actio injuriarum competat.

Deinde *neg. ſuppoſitum*, quod in injuriam ſibi ipſi inferendam quis conſentire poſſit: voluntas enim per legem ſublata eſt, atque adeo licet ſibi, vulnerando v. g. corpus, vel ſe interficiendo, non faciat injuriam, facit tamen civitati, vel magiſtratui injuriam, qui membro atque cive ſpoliatur. *Hunn. var. reſol. loc. cit.*

Ad *3tium* ℞. Particulam *etiam* non eſſe implicativam, ſi ex implicatione hac aliquid abſurdi ſequeretur.

Deinde ſervo licet naturaliter in ſuum corpus ſævire, ita, ut Dominus damnum ſibi inflictum propter hoc non poſſit deducere de peculio: non autem ſic ſervo licet in corpus ſuum ſævire, ac ſi illud ſimpliciter de Jure naturali & civili permitteretur: adeoque ſenſus eſt talis: naturaliter ſervo licet in corpus ſuum ſævire, ita ut inſpecto Jure naturæ damnum ſibi inflictum non poſſit deduci a domino. Accedit ſecundo, quod in *cit. L. 9. §. 7. naturaliter* non Jus ſignificet, ut ſenſus ſit, Jure naturæ ſervo licere in corpus ſuum ſævire, ſed ſignificat idem, *quod ipſo facto*, *& vere*, *ſive revera* liceat ſervo in corpus ſuum ſævire, quemadmodum ly naturaliter *vere & cum effectu* ſignificat in *L. ſolutam. 49 ff. de ſolut.* Ubi dicitur pecuniam ſolvi naturaliter, id eſt, vere & cum affectu, adeo-

adeoque ſenſus legis eſt, ſervo licet vere & cum effectu in corpus ſuum ſævire, ita, ut damnum ſibi inflictum dominus de peculio deducere non poſſit. *Harp. & Huen. loc. cit.*

Tertium præceptum eſt, *ſuum cuique tribuere*: hoc præceptum res, & facultates concernit, ne quis alterum vel contrahendo, vel permutando decipiat, ſed ſuum cuique tribuat, ſive pœna aliquis ſit afficiendus, ſive præmio remunerandus.

Obj. 1mo: Jure noſtro permiſſæ ſunt concubinæ. *L. 3 l. ult. ff. de concub.* Ergo primum præceptum Juris ceſpitat. Reſpondetur: Jure noſtro permiſſæ ſunt concubinæ ex juſta cauſa, puta, majoris mali evitandi gratia: *conc. ant.* citra juſtam cauſam: *neg. ant. & conſ.* Jus noſtrum non præcipit concubinatum, ſed ſolum non prohibet, & tolerat, longe majoribus malis & delictis obviam ire cupiens, & inter duo mala minus eligens, ſcilicet permittendo ſtupra, ne committantur adulteria aut inceſtus.

Urges: Non licet malum committere majoris mali vitandi cauſa: ergo neque licet malum permittere evitandi majoris mali cauſa. *Rl. conc. ant. neg. conſ.* Diſparitas eſt: quia nefas, vel delictum de ſe committere eſt intrinſece malum, adeoque in nullis circumſtantiis poteſt inducere normam & rationem boni. At permittere nefas de ſe non eſt malum, adeoque poteſt in circumſtantiis quibusdam inducere rationem boni, puta, ſi conditio fragilitatis humanæ & morale periculum majoris mali ita exigat.

Obj. 2do: In Jure noſtro permiſſum eſt alterum in contrahendo circumvenire. *L. 16. §. 4. ff. de minor.* Ergo tria Juris præcepta non ſubſiſtunt. Reſpondetur, *diſting. ant.* In Jure noſtro permiſſum eſt alterum circumvenire intra latitudinem juſti pretii, hoc eſt, ſummi, medii, & infimi, *conc. ant.* extra hanc latitudinem, *neg. ant. & conſ.*

Inſtas: Jus noſtrum permittit, ut, quod minoris eſt, vendatur pluris. *L. 22. § 3 ff. loc.* Ergo permittit circumventiones injuſtas. Reſpondetur, *diſting. ant.* permittit intra terminos juſti pretii: *conc* extra terminos juſti pretii. *neg. ant. & conſ.*

§. hujus ſtudii 4.

Viſo, quid ſit Jus, Juſtitia, & Jurisprudentia; ſupereſt, ut expendamus, quotuplex ſit Jus: Et ait Imperator hic, duas ejus eſſe poſitiones.

15 Aliud ſcilicet eſſe Jus *publicum*, aliud *privatum*. Jus *publicum* eſt, *quod ad ſtatum rei Romanæ pertinet*, ſive ut accuratius loquar: Jus publicum eſt, quod pro fine ſuo proximo habet bonum commune totius Reipublicæ. Huc pertinent Sacra, Sacerdotes, & Magiſtratus *L. 1. § 2. ff. h. t.* Item conventiones publicæ, pax, fœdera, legationes, &c. *Harp. n. 4.*

Privatum eſt, quod pro fine ſuo proximo habet bonum & utilitatem ſingulorum ac privatorum.

Dixi *pro fine ſuo proximo*. Nam tam jus publicum, quam privatum ſecundario etiam redundat in alterius utilitatem. Sic etiam omnium privatorum intereſt, habere Eccleſias, *Nov. 17. cap. 4.*

B ha-

habere Sacerdotes, qui ſacra miniſtrent; habere magiſtratus, qui jura reddant.

Item mulieres eſſe dotatas Reipublicæ intereſt, id tamen non eſt Juris publici, ſed privati tantum; quia dotatas eſſe, primario mulieris vel mariti, ſecundario autem Reipublicæ intereſt. *Scham. hic. Harp. n. 7.*

Privati Juris dicuntur, dominica & patria poteſtas, tutelæ, dominia rerum privatarum, ultimæ voluntates, & hæreditates, contractus, ſervitutes, dotes, actiones &c. ratio; quia hæc omnia proxime reſpiciunt utilitatem privatorum. Dico *proxime*, quia ſecundario, & in conſequentiam etiam reſpiciunt utilitatem publicam. Sic licet divitiæ proxime reſpiciant utilitatem ſubditorum, tamen etiam ſecundario intereſt Reipublicæ ſubditos eſſe locupletes, ut tributa & penſiones rite ſolvi, & in caſu neceſſitatis Reipublicæ auxilium præſtari poſſit. *Manz. n. 9.*

Dices: omnia Jura ſunt publica; er- 17
go male diſtinguitur Jus in publicum & privatum. *℞ diſt. ant.* Sunt publica quoad cauſam efficientem, quia Jura non niſi ab eo, qui publicam poteſtatem habet, & authoritatem, conſtituuntur, *conc. ant.* ſunt publica quoad materiam, finem & utilitatem, *neg. ant. & conſeq. Manz. n. 10.*

Ad Verſ. dicendum.

Relicto Jure publico, ait Imperator, quod de Jure privato agere velit. Ratio eſſe videtur, tum quia, non cognito prius Jure privato, Jus publicum difficulter capi poteſt, tum quia Juris Studioſi raro interrogantur de Jure publico, cum potius ad illos pertinere videatur, qui excelſas in aulis dignitates poſſident. *Harp. n. 10. Manz. n. 19.*

Dices: Tutela eſt Juris publici. *L. 9. ff. de his, qui ſui vel alieni Juris.* Teſtamenti factio eſt Juris publici. *L. 3. ff. de his, qui teſtam. fac. poſſ.* atqui Imperator agit ad Inſtitutiones de tutela & teſtamento: ergo agit de Jure publico. Pro ſolutione hujus objectionis ſciendum eſt, duplici reſpectu aliquid dici eſſe Juris publici. Primo: quatenus aliquid ſpectat ad ſtatum rei Romanæ. Sic Magiſtratus, Sacerdotes, & ſacra dicuntur eſſe Juris publici. *L. 1. §. 2. ff. h. t.* Secundo, quatenus aliquid ita dependet a Jure publico, ut in privatorum poteſtate non ſit. Et in hoc ſenſu tutela & teſtamentum dicitur eſſe Juris publici, quia tutorem dandi, & teſtamentum faciendi poteſtas non tribuitur privatorum voluntate, aut conventione, ſed cuique hæc poteſtas a Jure publico, & legibus conceditur. Et exinde enata eſt parœmia, quod ea, quæ ſunt Juris publici, privatorum conventione mutari nequeant. *L. 27. ff. de R. I.* His obſervatis levi brachio argumentum nobis objectum eluſeris. *Manz. n. 24.*

Ad Verſ. collectum eſt.

Jus privatum tripartitum eſt, & collectum ex præceptis, aut naturalibus, aut gentium, aut civilibus. Ratio hujus tripartitæ diviſionis eſt, quia Jura hominis cauſa ſunt conſtituta. Homo autem conſiderari poteſt, vel ut ani-

Google

animal; & eo reſpectu ſubeſt Juri naturæ: vel ut homo, a cæteris animalibus uſu rationis diſtinctus; & ſic agnoſcit Jus gentium: vel ut civis, & hac conſideratione ſubjacet Juri civili. *Menz. loc. n. 27.*

TITULUS II.

De Jure Naturali, Gentium & Civili.

SUMMARIA.

1. *Definitur Jus naturale.* 2. *Brutis non inesse formaliter.* 3. *Reſolvuntur objectiones.* 4. *Quid ſint actus Juris naturalis?* 5. *Quid naturalis tantum?* 6. *Edere, bibere, dormire, ſunt actus naturales.* 7. *Definitur Jus gentium.* 8. *Quomodo differat a Jure naturali?* 9. *Recenſentur exempla Juris gentium.* 10. *Diviſio Juris gentium.* 11. *Quæ non admittitur.* 12. *Proſternuntur argumenta contraria.* 13. *Definitur Jus civile.* 14. *Traditur ejus diviſio.* 15. *Quid ſit lex relate ſpectata?* 16. *Monarchia reliquis Republicæ ſtatibus præfertur.* 17. *Lex pœnalis quid ſit?* 18. *Requiſita legi adſcribuntur.* 19. *Debet eſſe juſta.* 20. *Stabilis.* 21. *Publice promulgata.* 22. *Non obligat ante promulgationem.* 23. *Acceptatio ſubditorum non requiritur.* 24. *Diluuntur objectiones.* 25. *Negatur ſcriptura.* 26. *Solvuntur argumenta contraria.* 27. *Effectus legis qualis ſit?* 28. *Lex pœnalis non obligat ante ſententiam.* 29. *Definitur Plebiſcitum.* 30. *Item Senatus-Conſultum.* 31. *Conſtitutio Principis, alia generalis, alia ſpecialis.* 32. *Quid ſit Reſcriptum?* 33. *Quid Decretum?* 34. *An vim Juris univerſalis habeat?* 35. *Edictum quid ſit?* 36. *Quid Privilegium?* 37. *Aliud reale, aliud perſonale.* 38. *Privilegia Doctoratus qualia ſint?* 39. *Diviſiones Privilegii.* 40. *Quando ſortiatur effectum?* 41. *Privilegiatus contra Privilegiatum quando ſuo Privilegio utatur?* 42. *Privilegia quomodo amittantur?* 43. *Edicta Prætorum definiuntur.* 44. *Item reſponſa prudentum.* 45. *Quem effectum habeant?* 46. *Conſuetudo definitur.* 47. *Diviſio ejus.* 48. *Requiſita ejuſdem.* 49. *Per unum actum ſucceſſivum introduci poteſt.* 50. *Reſolvuntur objectiones.* 51. *Per actus mere extortos,* 52. *Item meræ facultatis,* 53. *Aut erroneos non inducitur,* 54. *Bene vero per actus judiciales & extrajudiciales.* 55. *An per actus peccaminoſos.* 56. *Scientia Principis ad illam non requiritur.* 57. *An Jus naturale ſit immutabile?* 58. *Reſpondetur ad objectiones.* 59. *Jus civile mutabile eſt.* 60. *Objectum Juris triplex eſt.*

CONNEXIO.

Dictum eſt in fine præcedentis tituli, Jus privatum Romanorum collectum eſſe ex præceptis naturalibus, gentium, & civilibus: ſupereſt, ut inquiramus, quid horum quodlibet ſit.

Ad Principium.

1 QUæritur hic, quid ſit Jus naturale? Reſpondet Imperator eſſe illud, *quod natura omnia animalia docuit*, hoc eſt, Jus naturale illud dicitur, quod non tantum in homines cadit, ſed etiam in bruta, & ut ait Imperator, non humani duntaxat generis proprium eſt, ſed omnium animalium, quæ in cœlo, hoc eſt, in aere, veluti aves, quæ in terra, veluti feræ beſtiæ, quæ in mari, id eſt, in aquis, veluti piſces naſcuntur. Videmus enim multos actus, quos non homines tantum, ſed & bruta faciunt, ut & his Jus naturæ quodammodo ineſſe videatur. Dico, *quodammodo*, hoc eſt impropriè, metaphoricè, & ſimilitudine quadam, quia videlicet bruta ad ſimilitudinem hominum idem ſubinde faciunt, quod homines. Hujus rei exempla hic in principio tria proſtant, puta, maris & fœminæ conjunctio, liberorum procreatio & educatio. Non enim homines ſolummodo, ſed & bruta ex inſtinctu quodam naturali inter ſe conjunguntur, progenerant, & educant. Alio tamen modo id faciunt homines, alio bruta. Illi cum temperamento & ductu rationis, hæc ex ſolo impulſu & inſtinctu naturali, ut brutis Jus naturale materialiter, hominibus vero formaliter, ineſſe dicatur. Quod ut reddatur luculentius,

2 Obſerva. *Materialiter* Jus naturale illis dici ineſſe, qui ex mero impulſu atque imperii naturæ aliquid agunt. *Formaliter* vero Jus naturale illis ineſſe, qui Jure & recta ratione aliquid faciunt: ſic, quia bruta ſolo & mero impetu naturæ promiſcue commiſcentur, Jus naturale dicitur illis ineſſe materialiter. Homines vero, quia conjunguntur cum ductu rationis, quæ dictat etiam in maris, & fœminæ conjunctione honeſtatem obſervandam eſſe juxta illud: *Nolite fieri, ſicut equus & mulus, quibus non eſt intellectus. Pſ. 32. v. 9.* ideo Jus naturale in homines dicitur formaliter cadere. Hinc

Non obſtat *1mo*: ſi dicas. Solus ho- 3
mo particeps eſt rationis, in brutis vero nulla eſt ratio. *L. 1. §. 3. ff. ſi quadrup. paup. fec. dicat* Ergo Jus naturale non cadit in bruta. Siquidem ℞. *diſting. conſ.* Ergo Jus naturale non cadit in bruta formaliter, *conc.* materialiter, *neg. conſ.*

Non adverſatur *2do. text. Inſt. hic*, ubi dicitur *Cætera quoque animalia iſtius Juris perita*, ſive, ut alii rectius legunt, *perita cenſeri*, quia ſenſus eſt, ut materialiter, non formaliter perita cenſeantur. *D. Franz. Inſtit. h. t. n. 6. Schamb. Inſtit. hic verſ. Dices. n. 6. Vinn. Inſt. hic.*

Non refragatur *3tio*: quod ex dictis ſequeretur, bibere, edere, dormire, vigilare, currere, quieſcere eſſe actus Juris naturalis, ſed hoc eſt abſurdum dicere, ergo. Enim vero ℞ *neg. ſequelam maj.* quæ negatio ut verificetur,

Nota. Actus Juris naturalis illos dici, 4
quos homo exercet ex inſtinctu naturæ, & ſimul cum ductu rationis, brutum vero ex ſolo impulſu naturæ. Con 5
tra autem actus illos nuncupari naturales tantum, quos homo ex ſolo naturæ impulſu facit, & ſine ductu rationis, quæ dictat etiam in maris & fœminæ con-

conjunctione honeſtatis obſcœnitatem, ideo maris & fœminæ conjunctio di-
6 citur actus Juris naturalis. Contra vero edere, bibere, vigilare, currere, & quieſcere ſunt actus duntaxat naturales, quia homo & brutum iſtos actus ex ſolo naturæ impulſu exercet. In ſumma (ut multa paucis concludam) & tu intelligas, an actus dicatur naturalis tantum, an vero Juris naturalis, hoc tibi principium cape. Si homo aliquid facit ex inſtinctu naturæ, & ſimul cum ductu rationis, & idem facit brutum ex ſola naturali inclinatione, tunc id erit Juris naturalis. Quod ſi vero homo aliquid non Jure faciat, & idem faciat brutum ex impetu naturæ, non erit actus Juris naturalis, ſed erit actus naturalis tantum. *Harp n. 2. hic Hunn. Var. reſolut. lib. 1. tract. 1. q. 19. & 20. Manz. n. 14. hic.*

Unde *Zoeſ. ad ff. h. t. n. 25.* more ſuo ſolide aſſerit, quod definitio Juris naturalis hunc quaſi ſenſum recipiat: *Jus naturale eſt, quod verſatur circa ea, quæ bruta appetunt ſolo inſtinctu, & inclinatione naturæ, homines autem Jure & dictaratione.* Advertis modo, edere, bibere, dormire, vigilare, & id genus actus eſſe tantum naturales: contra vero, v. g. defenſionem ſui eſſe actum Juris naturalis, quoniam homo & brutum adverſus vim illatam ſe defendit, vim vique repellit, brutum ex ſolo impetu naturæ, homo ex inſtinctu naturæ, & cum temperamento rationis, quia videlicet ſervat moderamen inculpatæ tutelæ, & vim vi repellit, ſi aliter ſe defendere nequeat, juxta *L. ſcientiam 45. §. qui cum aliter 4. ff. ad leg. Aquil.*

Non obſtat *4to. quod in pr. Inſtit. de nupt.* matrimonium dicatur eſſe Juris civilis, & apud nos Catholicos ſit unum ex ſeptem Sacramentis, ut proinde male dicatur omnium animalium proprium eſſe. R. enim, matrimonium diverſi Juris eſſe. Nam conſideratum ut maris & fœminæ conjunctio, ex ſolo inſtinctu naturali, quo moventur homines pro ſuſcipienda prole, proveniens, erit Juris naturalis. Conſideratum vero quoad animorum conſenſum erit Juris gentium, ſicuti cæteri contractus, qui conſenſu perficiuntur, Juris gentium eſſe dicuntur. Quoad formam vero a lege præſcriptam, quatenus ſcilicet inter certas perſonas, & certo tempore eſt prohibitum, erit Juris civilis. Quoad Inſtitutionem in paradiſo Juris Divini, quoad gratiam denique Sacramentum eſt. *Mynſing. n. 15. hic.* Alii non nihil aliter reſpondent, & dicunt matrimonium quoad ortum, & originem cenſeri Juris naturæ, quoad formam & effectum, partim Juris gentium, partim Juris civilis. *Manz. Inſt. hic n. 27.*

§. Jus autem Civile 1. cum §. ſequent.

Diſpeximus, quid ſit Jus naturale, ſequitur, quid ſit Jus gentium, & civile; cum vero Jus gentium antiquitate præcedat civile, ideo ab illo merito exordium duxi, & quidem

Quæritur hic, quid ſit Jus gentium? 7
Reſpondet Imperator hic, Jus gentium illud eſſe, *quod naturalis ratio inter omnes homines conſtituit, & apud omnes populos peræque cuſtoditur.* Differt a Ju- 8

re naturali, quod illud omnibus animalibus, hoc ſolis hominibus inter ſe commune ſit. *L. 1. §. fin. ff. de J. & J.* Unde ſi quid videas apud omnes gentes & populos pro Jure uſurpatum, ita tamen, ut ejus ſimulacra, & aliqualem obſervantiam etiam apud cætera animalia reperias, tunc illud judicabis eſſe Juris naturæ. ſi vero animadvertas, aliquid paſſim obſervari apud omnes homines, nihil tamen ſimile apud cæteras animantes, tunc dices eſſe Juris gentium. *Manz. Inſtit. hic n. 6.*

9 Exempla Juris gentium varia videas a Doctoribus poni.

Primum eſt: Religio erga DEUM. *L. 2. ff. de J. & J.* ratio, quia DEUM aliquem eſſe, qui religioſe nobis colendus & metuendus ſit, ratio naturalis omnibus gentibus dictavit. Unde eleganter *Cicero lib. 2. de nat. Deor. Omnibus*, inquit, *innatum eſt, & in animo quaſi inſculptum, eſſe Deos; quales ſint, varium eſt: eſſe nemo negat.*

Secundum exemplum eſt: pietas & obſervantia in patriam, & parentes. *d. l. 2. ff. de J. & J.* ipſa enim ratio naturalis præcipit, ut parentibus & patriæ pareamus, reverentiam exhibeamus, atque pietatem *d. l. 2.* ita tamen, ut patriæ potius, quam parentibus parendum ſit. *L. 19 § filius 7. ff. de captiv. & poſtlim. reverſ. & l. minime 35. ff. de Religioſ. & ſumpt. fun.* Ubi dicitur, quod filius impune patrem, qui ad delendam patriam venit, occidere poſſit, imo eapropter præmiis afficiendus ſit. *Schwerd. n. 8. hic Brunnem. in d. l. 35.* Rationem hujus, ut intelligas, illud tibi nota generale principium, & memoria tenaci ſerva: ſi emergat caſus, in quo duo præcepta naturalia conveniunt, & invicem colliduntur, ita ut ambo ſervari nequeant, tunc præceptum inferius cedit præcepto naturæ ſuperiori. Sic cum in caſu *d. l. 35.* concurrat unum præceptum naturæ, ne occidas: & alterum, ut patria ſervetur: illud autem præceptum, quod ſalutem patriæ intendit, ſit ſuperius; ideo præceptum, non occides, utpote inferius eidem cedit. Huc reſpexiſſe videtur *D. P. König ad Decret. de præſcript. n. 4.* ubi ait: Quotieſcunque concurrunt duæ rationes naturales, illa vincit aliam, quæ fortior eſt, quæque majori nititur fundamento ob publicam Reipublicæ utilitatem. Concordat *D. Franz. Inſt. h. t. n. 28.*

Dices: Non tantum homines, ſed cætera quoque animantia habent aliquem affectum, amorem, & reverentiam in parentes: ſic, ut taceam, quod de ciconia referunt, upupa dicitur alere ſuos parentes; ergo pietas in parentes non erit actus Juris gentium, ſed Juris naturalis. R. Id non eſſe regulare in cæteris animantibus, neque ea ratione ab iis fieri, ut pietatem, reverentiam, & obedientiam præſtent. *Manz. Inſtit. hic n. 9. Schamb. Inſtit. h. t. q. 6. verſ. dices.*

Jus gentium paſſim dividitur in *primævum*, & *ſecundævum. Primævum* vocant, quod naturalis ratio inter omnes homines conſtituit, ſive (ut clarius loquar) quod nulla utilitatis, vel neceſſitatis cauſa urgente, a mera naturali ratione ortum habet, & ab omnibus gentibus propter vim naturalis æquitatis receptum & approbatum eſt.

Huc ſpectat Religio in DEUM, pietas in patriam, reverentia in parentes. Item, vulgares illæ regulæ: Quod tibi non

non vis fieri, alteri ne feceris. Nihil magis fidei humanæ congruit, quam ea, quæ placuerunt, cuſtodire. benefacienti, naturale eſt, ut benefaciamus. Hæc & id genus alia principia dicuntur eſſe Juris gentium primævi, quia primo ævo, hoc eſt, ab initio ſtatim creationis noſtræ animis noſtris Divina quadam vi inſita ſunt, & inſculpta. *Mynſing. n. 8. hic. Schneid. n. 4. Mans. n. 14.*

10 Jus gentium *ſecundævum* appellant, quod uſu, & humanis neceſſitatibus exigentibus introductum eſt. Huc revocant diſtinctiones dominiorum, bella, captivitates, ſervitutes &c. Ab initio enim & primordio mundi omnia fuerunt communia: cùm vero poſtea ratione dominiorum exorirentur magnæ lites, diſcordiæ, & rixæ, ideo naturalis ratio dictavit, ut pro conſervanda Reipublicæ tranquillitate fieret diſtinctio dominii, & cuique aliquid proprium aſſignaretur. Hinc dominia rerum fuerunt diſtincta, regna condita, agri terminis ſeparati, ædificia poſita, &c.

Bella autem introducta ſunt, ut ſontes punirentur, perſonæ & res noſtræ defenderentur. Ex bellis deinde ſecutæ ſunt captivitates, & ſervitutes, de quibus ſuo loco.

Spectant quoque ad Jus gentium ſecundævum (ſi tamen detur) fere omnes contractus, quia ad commodam rerum & officiorum in civili ſocietate communicationem neceſſarii & idonei viſi ſunt. Tales ſunt: Emptio, venditio, locatio, conductio, ſocietas, depoſitum, commodatum, mutuum, &c. Hi enim contractus apud omnes peræque gentes communes ſunt, ut proinde quoad originem Juri gentium recte accenſeantur. Dixi *fere omnes*, repe- riuntur enim aliqui, qui a Jure civili fuerunt introducti, veluti ſtipulatio, literarum obligatio, ſponſalitia, largitas, & ut aliqui volunt, contractus emphyteuticus, de quibus in decurſu ſuo loco agemus.

Controverſia non levis eſt, an diviſio Juris gentium in primævum & ſecundævum admittenda ſit?

Affirmativam utraque manu propugnat Bachov. atque judicio carere, qui diſtinctionem hanc non ferunt: eidem ſuffragantur *Treutl. vol. 1. diſp. 1. th. 4. lit. D. Schneid. n. 6. Mans. n. 10 & n. 15. Arumæ. exercit. 1. th. 14. Finn. Inſtit. hic n. 4. Hertog. Inſt. h. t. n. 6.*

Moventur *1mo.* Quia unius ejuſdemque rei non poteſt dari duplex & diverſa definitio; ſed ſi memorata diſtinctio non admitteretur, daretur unius ejuſdemque rei, videlicet Juris gentium, duplex & diverſa definitio; ergo. *minor oſtenditur in § 1. hic* dicitur Jus gentium illud eſſe, quod naturalis ratio inter omnes homines conſtituit. Et in §. 2. illud Jus gentium eſſe dicitur, quod uſu exigente, & humanis neceſſitatibus conſtitutum eſt; ergo.

Moventur *2do.* per *L. 1. ff. de A. R. D.* ubi dicitur antiquius Jus gentium; ergo debet dari minus antiquum, quod eſt ſecundævum.

Moventur *3tio.* per *d. § 2. h. t.* ubi dicitur *uſu exigente & humanis neceſſitatibus gentes ſibi Jura conſtituerunt.* Atqui conſtituere eſt aliquid novi ſtatuere; ergo datur Jus gentium ſecundævum.

Moventur *4to.* Bella, captivitates, ſer-

ſervitutes dicuntur eſſe contra naturam. §. 2. *Inſt. de Jure perſ.* ergo Juri gentium non poſſunt attribui, niſi dicatur dari duplex Jus gentium, alias ſequeretur, quod idem Jus dictaret contraria.

Moventur *3tio.* per §. 11. *Inſt. de R. D.* ubi Jus gentium illud dicitur, quod rerum natura cum ipſo humano genere prodidit; ergo datur Jus gentium, alias bella, captivitates, dominiorum diſtinctiones, Juri gentium acceuſeri non poſſent.

11 Negativæ ſubſcribunt. *Schamb. Inſt. h. t. quaſt. 4. Ludwel. Inſt. h. t. n. 3. Zoeſ. ad ff. de J. & J. n. 23. Harp. n. 7. Covarruv. in c. peccatum, p. 2. § 11. n. 3. D. Frantz. Inſt. h. t. p. 2. n. 5.* pro hac ſententia

Facit *1mo.* Quod in Jure noſtro non niſi unius Juris gentium fiat mentio; § 1. & 2. *h. t. l. 1. § 4. ff. de J. & J. l. 6. ff. eod.* ergo propria authoritate nova diviſio ſtatuenda non eſt, præcipue, quia entia non ſunt multiplicanda ſine neceſſitate.

Facit *2do.* Quod alias Jus naturale & gentium perperam confunderentur, ut conſideranti patet.

Facit *3tio.* Quod ratio naturalis, quæ conſtituit Jus gentium, tempore variari non poſſit; ergo datur unum duntaxat Jus gentium, quia ratio naturalis ſemper manet eadem. Et hoc ipſum fundamentum eſt, quod me in negativam trahit.

Argumenta contraria nullo labore diluuntur. Et

12 *1mum.* quidem adminiculo diſtinctionis eliditur: daretur unius ejusdemque rei, videlicet Juris gentium, duplex & diverſa definitio re ipſa, *neg. min.* verbis, *conc. min. & neg. conſ. in cit.* §. 2. non nova proponitur definitio, ſed Juris gentium, *in* §. 1. definiti origo ſubjicitur & effectus, ſive exempla proponuntur, quomodo videlicet id, quod naturalis ratio dictavit, in effectum deductum, & executioni mandatum ſit.

2dum. exinde ruit, quod Jus gentium ibi antiquius dicatur, non ad differentiam alterius Juris gentium minus antiqui, ſed reſpectu Juris civilis, quo Jus gentium antiquius eſſe palam eſt ex §. 11. *Inſt. de R. D.*

3tium. proſternitur ex reſponſione ad primum, ſenſus enim eſt, uſu exigente, & neceſſitatibus humanis gentes ſibi Jura conſtituerunt, id eſt, in effectum, in praxim redegerunt, quod naturalis ratio prius a primo ævo dictavit. Jus gentium extitit, antequam bella, captivitates, & diſtinctiones rerum introductæ fuerunt, ſed effectus Juris gentium nondum erat; quia circumſtantiæ temporum non exigebant, bella moveri, captivitates fieri, & rerum diſtinctiones ſtatui. Sane ſi primordiali mundi tempore ob rerum dominia Reipublicæ tranquillitas per rixas & diſcordias periclitata fuiſſet, prout ex poſt facto contigit, Jus gentium jam tunc extitiſſet. Rem ab inſtantia ſolide declarat *Schamb. loc. cit.* Ponamus, inquit, legem latam, ne quis evehat frumentum ſub pœna 100 fl. quod nullus per centum annos in legem impingat, ſequiturne exinde legem pœnalem latam non fuiſſe? ita quoque in primordio mundi bella non erant neceſſaria, ſequitur exinde Jus gentium tunc temporis non fuiſſe? Sane fuit, puta in actu primo.

Ad

Ad *4tum.* R. tunc temporis, puta, quando nondum exoriebantur diſcordiæ, bella, & captivitates, fuiſſe contra rationem naturalem. Ex poſt facto autem ubi tranquillitas Reipublicæ exigebat moveri bella, & induci captivitates, non tam fuerunt contra naturalem rationem, quam ex ratione naturali, quæ in neceſſariis nunquam deficit. Diverſus rerum ſtatus, & circumſtantiæ temporum quandoque faciunt, ut, quod prius rationi videbatur contrarium, ex poſt facto conforme cenſeatur.

Ad *5tum.* R. Nonnunquam Jus gentium ratione appellationis cum naturali quodammodo confundi, prout in *d.* *§. 11.* contingit, quod nos parum angit, in §. 1. enim hic & *fin. de J. & J.* nec non *L. 2. ff. eod.* diligentiſſime ſeparantur.

Ad Verſ. Nam quod quiſque.

13 QUæritur hic, quid ſit Jus civile? Reſpondetur eſſe illud, quod quiſque populus ſibi ipſi conſtituit, vel quod quævis civitas ſibi proprium fecit. Sic Jus, quo cives Romani utuntur, Jus civile Romanum: Jus, quo Athenienſes utuntur, Jus civile Athenienſe: Jus, quo populus Auſtriacus utitur, Jus civile Auſtriacum vocatur. Illud vero, quod unaquæque civitas ſibi proprium conſtituit, nomine magis proprio ſtatutum, ſeu Jus municipale nuncupatur. *Ublengenſp. Inſt. l. 1. t. 4. 5.* Quoties autem ſimpliciter ſine aliquo adjuncto Jus civile pronuntiatur, toties per aliquam præeminentiam & antonomaſiam intelligitur *Jus civile Romanum*, nomen enim æquivocum ſemper capitur in partem digniorem, & intelligitur in dubio id, quod eſt præcipuum, ſicuti generali Poetæ pronuntiatione apud Græcos intelligitur Homerus, apud Latinos Virgilius. *text. hic.*

§. Conſtat autem 3.

14 DIviditur Jus civile in *ſcriptum* & *non ſcriptum*. Illud eſt, quod expreſſo ſummæ poteſtatis conſenſu in utilitatem ſubditorum conſtitutum eſt. Hoc eſt, quod tacito ſummæ poteſtatis conſenſu approbatum eſt, & alio nomine vocatur conſuetudo.

Species Juris ſcripti ſex occurrunt, puta Lex, Plebiſcitum, Senatus Conſultum, Conſtitutio Principum, Edicta Magiſtratuum, Reſponſa Prudentum, *text. hic.*

§. Lex eſt 4.

15 LEx relate ſpectata, hoc eſt cum reſpectu ad ſtatum popularem Reipublicæ Romanæ, dicitur eſſe id, *quod populus Romanus, Senatorio Magiſtratu interrogante, veluti Conſule conſtituat*, erat enim tunc temporis ſumma poteſtas penes populum, qui in comitia vocatus, interrogabatur a Magiſtratu: *Velitis, jubeatis Quirites*, & ſi antiquare legem volebant, reſpondebant per literam A. ſi vero legem probabant, per literam V. R. id eſt, uti rogas. *Vinn. Inſt. hic Zoeſ. ff. de leg. n. 3.*

Obſerva hic, ſtatum Reipublicæ tripli-

C

plicem eſſe, videlicet Monarchiæ, Ariſtocratiæ, & Democratiæ Status Monarchiæ eſt, quando Jura Majeſtatis, & poteſtatis reſident penes unum & ſolum, ut fit in Romano Imperio, Gallia, Hiſpania, &c Status Ariſtocratiæ, quando Jura Majeſtatis & poteſtatis reſident penes Optimatea, uti apud Venetos, &c. Status Democratiæ eſt, quando tota Majeſtas & poteſtas reſidet apud populum, prout olim apud Romanos contigit, quando nimirum Reges fuere expulſi Qui duo poſteriores ſta- 16
tus ſtatui Monarchico longe poſthabendi ſunt; plures enim imperare, malum eſt, regnumque non capit duos.

- - - Et ſummo dulcius unum
Stare loco, ſociisque comes diſcordia regnis.

Hinc cum Darius Alexandrum ad diviſionem Aſiæ ſollicitaſſet, illud in reſponſum tulit: *Nec mundum duos Reges tolerare, duo enim ſi eſſent ſoles, incendio omnia perderentur.* Præterea decantatum ſatis eſt, quod communio ſoleat excitare diſcordias. *l. 77. § 20. ff. de Leg. 2. &c.*

Segnius expediunt commiſſa negotia plures.

Taceo, quod ſtatus Monarchicus naturam ipſam vel maxime imitetur, videmus enim ab ipſo naturæ ortu apibus unum duntaxat regem, diei unum ſolem, & unam nocti lunam præeſſe.

Itaque tradita legis definitio non ſtatui Monarchico, qui hodie in Imperio Romano viget, ſed Democratico, qui tunc temporis erat, conſentanea eſt. Ut moderno tempore, poſteaquam a populo Romano per legem Regiam, de qua vide *Mant. Inſt. h. t. § 6. n. 8.* omnis Majeſtas, poteſtasve in Octavianum Auguſtum tranſlata fuit, lex concinne definiri poſſit, quod ſit *commune præceptum in bonum publicum ab habente poteſtatem ordinatum.*

17 Dividitur lex in *præceptivam* & *pœnalem*. *Præceptiva* eſt, qua aliquid abſolute & ſimpliciter præcipitur, vel prohibetur. *Pœnalis*, qua transgreſſori pœna, aut mulcta injungitur. Hæc ſubdividitur *in mere pœnalem & mixtam*. Mere pœnalis appellatur, quæ ſolius pœnæ mentionem injicit, absque hoc, quod præcipiat aliquid, aut prohibeat, veluti ſi dicat legislator: *Qui exportaverit frumentum, ſex aureis mulctabitur.* Mixtam voco, quæ duo membra continet, in quorum uno præcipitur aliquid, aut vetatur; in altero pœna præfigitur transgreſſoribus, veluti ſi dicat legislator: *Nemo deinceps frumentum evehat; qui evexerit, ſex aureis mulctabitur.*

Ut lex officium ſuum ſortiatur, de- 18
ſideratur primo, ut feratur ab eo, qui vim cogendi habet; cum enim lex ſit præceptum, vana foret legis ſra ſine coactionis Jure & poteſtate. Unde ſuperior ſit ille, qui præcipit, quam, cui præcipitur, neceſſe eſt; par enim in parem non habet imperium. *cap. 20. 8. de elect. l. 3. § ult. & l. 4. ff. de recept. qui arbit. Barbos. Axiomat. l. 14. cap. 5. axiom. 6.*

Sic in Monarchia ſummus Princeps veluti in Romano noſtro Imperio Imperator, in Ariſtocratia Optimates, in Democratia univerſus populus legis condendæ habet poteſtatem. Imo & Electores, Principes, atque cæteri Imperii

rii Status tam Eccleſiaſtici, quam ſæculares poteſtatem habent condendi leges locales, ſeu provinciales, licet Juri communi contrarias, ſiquidem vulgata regula eſt, quod quilibet Princeps in ſuo territorio tantum poſſit, quantum Imperator in Imperio. *Bart. in L. infamem ff. de publ. jud. Gail l. 1. c. 6. n. 10. de pace publ. P. König. tit. de conſtitut. n. 9.* Cæteri Dynaſtæ, Collegia, Communitates, ſeu Univerſitates condere Jura non poſſunt, niſi ex Principis conceſſione expreſſa vel tacita ferendæ legis poteſtatem habeant. *Franz. Inſt. h.t. p. 3. n. 3.*

19 Secundo requiritur, ut lex ſit juſta, hoc eſt, ſit lata in commune bonum. Unde non illa duntaxat lex juſta erit, quæ verſatur circa materiam honeſtam, verum etiam inhoneſtam, dummodo legislator intendat commune bonum: ſic lupanaria, ſive uſus ſcortorum permiſſus, uſurarum exercitium licitum, cædes uxoris in adulterio deprehenſæ conceſſa. Tametſi enim iſta in ſe mala ſint, lex tamen juſta eſt, quæ illa permittit, eo, quod perinde intendat commune bonum, ſcilicet ut evitentur mala &c. ſiquidem lupanaria permittit, ut evitentur adulteria, inceſtus, &c. Uſuræ licitæ, ut indigentibus ſuccurratur, cædes adulteræ conjugis conceſſa, ut metu mortis concuſſa ſacrum matrimonii vinculum inviolabiliter cuſtodiat, nec facile in alterius vota libidini habenas licentius diſpenſet. Vides proinde, quod iſti actus a lege non foveantur, qua illiciti, nec ab ea præcipiantur, ſed tantum non puniantur, & caſtigentur ad evitanda majora mala. *cap. 1. diſt. 13. Zoeſ. ff. de leg. n. 7. Franz. loc. cit. n. 8.*

Tertio requiritur, ut lex ſit ſtabilis, & perpetua, *cap. fin. ✠ de uſur. ligat.* unde ſtatuta temporalia legis naturam non obtinent, *Zoeſ. ff. de leg. n. 8. Schamb. Inſt. h. t. § 4. verſ. requiſita.*

Dices: Viennæ frequenter abrogantur leges latæ, ergo non eſt neceſſe, ut lex ſit ſtabilis, & perpetua. Reſpondetur, non hoc ſenſu legem debere eſſe ſtabilem, & perpetuam, ut æternum duret, ſed tamdiu, donec Reipublicæ utilis eſt, & proficua, ſi talis eſſe deſinat, recte mutatur. 20

Quarto ad legem requiritur publica & ſolennis promulgatio, ſive ſcripto, ſive per præconem, ſive alio modo idoneo facta. *l. 9. C. de leg. nov. 66. cap. 1.* Ratio: quia lex eſt regula humanorum actuum, quæ non dirigit, niſi applicetur, applicatur autem per promulgationem, ut obligare nequeat, niſi iis ſufficienter propoſita, quibus fertur, cum ad incognitum nemo teneatur. *Zoeſ. loc. cit. n. 10.* & tametſi promulgatio ſolenniter facta ſit, lex tamen ante lapſum duorum menſium a facta publicatione, niſi aliter a Principe determinetur, non obligat. *d. nov. cap. 1.* his verbis. *Ut autem apertius adhuc cauſa declaretur, ſancimus, ſi ſcripta fuerit hujuſmodi lex, hanc poſt duos menſes datis ei temporis valere. Suarez. l. 3. de L. cap. 16. n. 10. Haunold. d. J. & J. tr. 1. cap. 1. cont. 2. n. 14. P. Engl. ad t. de conſtit. §. 4. n. 64. König. h. t. §. 9. n. 20. Menoch. lib. 2. arbitr. caſ. 185. n. 7.* 21

Q. I. An lex ante promulgationem obliget eum, qui ſcit, eam eſſe conceptam? ℞. negative. *Zoeſ. ff. loc. cit. n. 11. P. Engl. n. 65. Menoch. loc. cit. n. 20.* 22

C 2 Ra-

Ratio prima: quia de ſubſtantia legis eſt, ut promulgetur; ergo ante promulgationem vim & effectum legis non habet, adeoque non obligat. *Arg. d. l. 9. C. de LL.*

Ratio ſecunda: quia lex eſt præceptum commune; ergo non debet unum obligare præ cæteris, eique libertatem aliis conceſſam auferre.

Non obſtat *cap. 1. de poſtulat. Prælat.* ubi in hæc verba reſcribitur: *Sufficit, ut ad conſtitutionis obſervantiam teneatur, qui noverit eam ſolenniter editam, aut publice promulgatam.* Ergo obligat ante promulgationem; ſufficit enim, quod edita, hoc eſt, concepta ſit. Reſpondetur, ſenſum legis eſſe, quod ſufficiat, ſi legem eſſe editam vel promulgatam noverit, & non requiratur ad hoc, ut obliget, ut ſingulis per mandatum ſpeciale inſinuetur. Poſſis etiam dicere, ly *aut* ſumendum eſſe pro *ſeu*, ut ſenſus ſit, cum conſtitutio ſolenniter editur, ſeu publice promulgatur. Ex dictis

Colliges, quod is, qui ex privata notitia pretium tritici paulo poſt minuendum, aut valorem monetæ ſcit decretum, ante promulgationem legis triticum currenti pretio vendere, aut monetam eo valore, quo de facto currit, expendere poſſit, talis enim non agit contra novam legem, utpote quæ necdum nova dici poteſt, quia nondum promulgata, nec etiam agit contra Juſtitiam, aut æquitatem. Non contra Juſtitiam, quia utitur Jure ſuo: nec alterum lædit, quia emptor non habet Jus, vi cujus venditori dari poſſet minus pretium. Non contra æquitatem, quia ſervatur æqualitas inter merцem & pretium: nam, uti ſuppono, rem vendidit eo pretio, quo vendi ſolet. *Confer. Menoch. de arbitr. lib. 2. caſ. 135. n. 22. & ſeq.*

Dices: Qui ſcit privatim & ſolus, vinum, quod vendit, non diu manſurum in ſuo vigore, non poteſt currenti pretio vendere. *L. 13. ff. de act. empt.* ergo etiam, qui ſcit monetam non diu manſuram in ſuo valore, non poterit eam præſenti valore expendere. *R. conc. ant. neg. conſ.* Diſparitas eſt, quod in priori caſu ſubſit vitium internum, ad quod indicandum venditor tenetur: in poſteriori vero caſu ſubeſt tantum vitium externum, ſcilicet æſtimationis, quæ dependet a taxatione Principis.

Q. II. An acceptatio ſubditorum ad valorem legis requiratur?

Dixeris prima fronte, requiri. Ita re ipſa docent *P. König. ad tit. de conſtit. §. 9. n. 11. Navar. de conſtit. conſil. 1. quæſt. 1. a Sometting. Inſt. b. t. n. 76.*

Moventur *1mo. per can. 1. §. leges. diſt. 4.* ubi in hæc verba reſcribitur: *Leges firmantur, cum moribus utentium approbantur.*

2do. per l. 32. § 1 ff. de LL. ubi dicitur: *Leges nulla alia ratione nos tenent, quam quod judicio populi receptæ ſunt.*

3tio. Quia quotidie auribus noſtris percipimus, quod nonnullæ leges etiam Eccleſiaſticæ non ſint receptæ, v. g. hæc Bulla non eſt recepta, hæc etiam non: item Concilium quoque Tridentinum non eſt receptum in Gallia, neque in Hungaria; ergo patet, quod lex non obliget, niſi acceptetur.

Verum his argumentis ita non moveor, quin potius ſtatuam, acceptationem ſubditorum ad valorem legis nequa-

quaquam requiri, ita docent *Molina de J. & J. diſp. 23. Laym. Theol. Mor. lib. 1 tr. 4. cap. 3. n. 1. Glettle Juriſpr. fundam. l. 1 tit 2. c. 4. §. 7. n. 16. Engl loc. cit §. 4 n 68. Zoeſ d lo. n. 13.*

Ratio ſola, ſed ſolida eſt quod Princeps habeat poteſtatem obligandi, qua utique careret, ſi ſubditorum acceptatio ad efficaciam legis requireretur.

23 Ad 1mum ℞. primo, quod adductus textus §. *leges* ſit Gratiani, cujus authoritas non habet vigorem legis. ℞. 2do; leges firmantur, cum moribus utentium comprobantur, firmitate accidentali extrinſeca, *conc* ſubſtantiali & intrinſeca, *neg.* Id ſaltem mores utentium operantur, nec lex deſuetudine & conſuetudine contraria evertatur.

24 Ad 2dum ℞. Illam legem intelligendam eſſe de ſtatu Democratico, quando ſcilicet poteſtas leges ferendi penes populum Romanum fuit.

Non obſtat, quod reponunt antagoniſtæ, videlicet *d. l. 32.* de eo tempore loqui, quo vixit JCtus Julianus Author *d. l. 32.* atqui JCtus vixit tempore Monarchiæ Antonini Pii, & Adriani; *l. 2 ff. de orig. Jur.* ergo &c. Siquidem retorquetur argumentum: etiam tempore Monarchiæ Juſtiniani Tribonianus in §. 4. *hic* legem definivit, *quam populus Romanus Senatorio Magiſtratu interrogante conſtituit;* non tamen hæc definitio Monarchiæ convenit, ſed qualis in Democratia lex fuerit, inſinuare voluit, ergo etiam Julianus ſignificare voluit, qualis lex tempore præterito valida fuerit.

Ad 3tium ℞. non hoc ſenſu Concilium Tridentinum dicitur non eſſe receptum, quod acceptatio populi intervenerit, ſed quia gravamen obtinet, nec S. Pontifex acceptationem urget, quam ſi urgeret, etiamſi populus recuſaret, tamen lex obligaret; cum vero illam non urgeat, dicitur ſuſpenſa.

Q. III. An ad ſubſtantiam legis ſive Juris ſcripti, requiratur ſcriptura? Pro affirmativa ſtant hæc fundamenta.

1mo. Quia lex a legendo deducitur, ergo debet in ſcripturam redigi, alias legi non poteſt.

2do. in §. *ſingulorum 11 Inſt. de R. D.* dicitur *Civilia Jura tunc eſſe cœperunt, cum civitates condi, & leges ſcribi cœperunt.* Ly *ſcribi aperte* denotat ad legis ſubſtantiam requiri ſcripturam.

3tio. In l. humanum 8. C. de LL. dicitur, legem dictari debere; ergo debet etiam ſcribi, quia dictatura eſt præambula ad ſcripturam; dictare enim nihil eſt aliud, quam tractim aliquid pronunciare, ut calamo excipi poſſit.

4to. Sententia judicis non valet, niſi ſcripta; *L. 2. C. de ſent. ex peric. recit.* Ergo etiam legis promulgatio non valebit, niſi ſcripta.

5to. Albedo eſt de eſſentia muri albi; ergo etiam ſcriptura eſt de eſſentia Juris ſcripti.

His nihil moventibus negativæ ſubſcribo, quam tuentur, *Harp. §. 6. Inſt. h. t. n. 34. Hunn. var. reſol. lib. 1. tr. 1. q. 22. Zoeſ. ff. de LL. n. 14. Bachov. Inſt. hic.* 25

Primo: quia Jus ſcriptum illud eſt, quod expreſſo ſummæ poteſtatis conſenſu in utilitatem ſubditorum conſtitutum eſt; ergo ſcriptura non eſt de eſſentia Juris ſcripti, cum ille conſenſus ſine ſcriptura etiam viva voce promulgari poſſit.

Secundo: quia Lacedemonii leges nunquam in ſcripturam redegerunt, ſed memoriæ mandarunt, §. 10. *Inſt. h. t.* imo reſte Plutarcho in vita Lycurgi in aliqua lege diſſerte cautum fuit, ne leges in ſcripturam redigerentur, & tamen Lacedæmonii Jure ſcripto utebantur, quia ſine expreſſo Spartanorum conſenſu, quos de ſingulis legibus rogarunt, non valebant; ergo Jus ſcriptum ſine ſcriptura datur. Non dicas Lacedæmoniorum leges tantum conſuetudines fuiſſe: quia ad conſuetudinem requiritur (ut alia requiſita ſileam, ex quibus luculentum fieret conſuetudines non fuiſſe) tacitus populi conſenſus: atqui diximus, expreſſum Spartanorum conſenſum neceſſarium fuiſſe; Ergo &c.

Tertio: quia Jus ſcriptum extitit, antequam ſcripturæ, & litteratum peritia adinventa fuit, quoniam cum ipſis civitatibus cœpit §. 11. *Inſt. de R. D.* ſed nemo negat litterarum inventionem origine civitatum eſſe juniorem, ergo.

Argumenta contraria Cleanris ad lucernam compoſita non ſunt, & quidem

26 Ad 1*mum* R. quod etymon legis non a *legendo*, ſed *ligando* deſcendat. Et dato, non conceſſo, legem a legendo deduci, non tamen ſequitur neceſſe eſſe, ut legatur, & ſic adminicula ſcripturæ promulgetur, quia legere etiam seligere ſignificat, ut lex plurimis regulis, quaſi ſelecta eſſe dicatur.

Ad 2*dum* R. ly *ſcribi* ſumendum eſſe pro ſanciri, implicat enim in memorato textu pro ratione ſcripturæ ſumi poſſe, cum tunc temporis ars ſcribendi nondum extiterit. Accedit, quod verbum *Graphein* non ſemper ſcribere ſignificet, ſed decernere, ſancire, ſtatuere.

Ad 3*tium* R. *d. l. 8.* non eſſe neceſſitatis, ſed voluntatis, ſi ſcilicet placuerit, leges dictare, & in ſcripturam redigere. Sane videas hodie plerumque adminiculo ſcripturæ leges promulgari, non tamen ſcite dixeris, id fieri ex neceſſitate.

Ad 4*tum* R. *conc. ant. neg. conſ.* Differentiæ ratio eſt, quia ſcriptura in ſententia judicis non interveniente, judici daretur occaſio ſententiam, quam tulit, mutandi, aut corrigendi, utpote quod in publicatione ſententiæ ſubinde contingat, non adeſſe frequentiam hominum. Secus eſt in lege, ubi mutatio facile metuenda non eſt, cum leges publice ferantur, & univerſo populo intimentur, ut nullum ſubſit periculum, fore, ut mutetur, emendetur, aut corrigatur.

5*tum* argumentum Philoſophorum reſponſum meretur. enim vero ut lex concretive ſcripta dicatur, utique opus eſt ſcriptura, ſed *neg. ſuppoſitum*, illud Jus ſcriptum appellari, quod in ſcriptura, ſed quod expreſſo conſenſu ſummæ poteſtatis conſiſtit.

Effectus legis eſt obligatio ad ejuſ- 27
observantiam *l. 2. ff. l. 3. Cod. de LL.* Et quidem de facto lex omnis proprie dicta obligat etiam in foro conſcientiæ, ita ut hoc aliquibus videatur eſſe de fide. *Suarez. l. 3. de LL. cap. 22. n. 9. König l. 1. tit. 2. n. 23.* Ratio eſt, quia ſubditi tenentur etiam in conſcientia obedire ſuis ſuperioribus juſta præcipientibus, idque ex præcepto Divino, & naturali, nam, ut ait *Apoſt. ad Rom.*

13.

27 *Qui poteſtati* (intellige humanæ) *reſiſtit, DEI ordinationi reſiſtit: qui autem reſiſtunt, ipſi ſibi damnationem acquirunt.*

28 Excipitur lex pure pœnalis, & mixta, in quantum pœnalis eſt, hæ enim leges non obligant ad pœnam ante ſententiam judicis declaratoriam. *L. 29. ff. de Jure Fiſci. c. 19. § fin. de Haret. in 6.* Ratio: quia non videtur rationi conſentaneum, ut reus ſit ſui ipſius accuſator, & pœnæ ſuæ proprius ultor, & executor. *Covar in Epitom. p. 2. c. 6. 8. n. 10. P. Engel. §. 3. ad tit. de conſtit. n. 42.* Confer. *Glettle p. 1. ſelect. quaſt. 3. & 4.* Ubi ſolide diſcurrit, quæ lex, & qualiter in foro conſcientiæ obligationem ponat

29 Secunda Juris ſcripti ſpecies eſt *Plebiſcitum*, quod illud eſſe dicitur, quod plebs plebejo Magiſtratu interrogante conſtituebat Quemadmodum enim Senatorius Magiſtratus a populo universo legem, ita Magiſtratus plebejus, veluti Tribunus a plebe, plebiſcitum rogabat, his forte verbis: *Quid fieri velitis, vos Quirites rogo*, & plebs reſpondebat *Sic volumus, jubemusque*. Differt plebs a populo, ſicuti pars a toto: appellatione populi ſiquidem univerſi cives, & ſimul etiam Patricii deſignantur: vocabulo plebis vero cives reliqui ſine Patriciis deſignantur. *text. hic.*

§. Senatus Conſultum 5.

30 Tertia Juris Civilis Romani ſpecies eſt *Senatus-Conſultum*, diciturque illud, quod Senatus jubet, atque conſtituit. Cauſa, quod introductum fuerit, & ratio eſt, quod difficile eſſet populum Romanum, qui vehementer auctus fuerat, in unum convocare, ut proinde Senatus loco populi conſuli inceperit. *text. hic.*

§. Sed & quod 6.

31 Quarta Juris ſcripti ſpecies eſt, *Principis placitum, ſeu conſtitutio Principis*; quod enim Principi placet animo condendi legem, legis habet vigorem.

Conſtitutio Principis alia eſt *generalis*, alia *ſpecialis*. Conſtitutio generalis eſt, quæ omnes Principis ſubditos ligat. Hujus conſtitutionis tres occurrunt ſpecies, *reſcriptum, decretum, edictum.*

32 *Reſcriptum* eſt reſponſum, quod Princeps ad ſupplicationem, vel epiſtolam conſulentium emittit Exempla reſcriptorum reperire eſt in *§. ult. de his, qui ſui vel alieni Juris ſunt §. 4. Inſt. de fidejuſſ. Harp. n. 25. hic Manz. n 17.*

Decretum eſt ſententia, qua Princeps cauſam inter ſubditos controverſam determinat.

Dubitatur: an vim Juris univerſalis 33 habeat? Reſpondetur, intereſſe, an ſit ſententia definitiva, an interlocutoria.

Definitiva vim leges univerſalis ha- 34 bet, *l. fin impr Cod. de LL. & l. 1 §. 1. ff. de conſtit. Princ* Hæc enim eſt inſtar regulæ, & libræ archirectonicæ, quam Judices inferiores ſequantur. *Manz. n. 21. hic Franz. p. 3. Inſt. b. 1. § 10. n. 35* Interlocutoria vim Juris univerſalis non aliter obtinet, quam ſi Princeps ſpecialiter expreſſent, ſe animo con-

condendæ legis interlocutum eſſe, alias enim de mente legiſlatoris per ſolam interlocutionem conſtare non poſſet. Et ſic in concordiam reducuntur *text. in l. 1. §. 1. ff. de conſt. Princ. & l. 3. C. de LL. & Franz. loc. cit. n. 36. Hahn. ad Weſenb. ff. de conſtit. princ. n. 1.* Confer. *Harp. hic n. 5.*

35 *Edictum* eſt illud, quod Princeps motu proprio ad bonum & felicitatem Reipublicæ conſtituit. Dico *motu proprio*, hoc eſt nemine petente, ſed ſola utilitate publica id ſuadente. Principis enim officium exigit, ut omni tempore ſubditorum commoda inveſtiget, *l. 23. in pr. C. de nupt.* Hinc Imperator noſter laudatiſſimus. *Nov. 8. in præf.* ipſe de ſe profitetur, quod multas noctes inſomnes ducat, ut ſubditis paret tranquillitatem.

36 Conſtitutio particularis vocatur alio nomine privilegium, & definitur, quod ſit *lex privata ſpeciale quid concedens. Zoëſ. ad Jus Canon. de Priv. & Exceſſ. privileg. n. 1. Kōnig. h. t. n. 3.*

Dices: Privilegium non eſt lex, ſed exemptio a lege, ergo minus recte dicitur lex eſſe. Reſpondetur, *diſt. ant.* privilegium non eſt lex reſpectu ejus, cui conceſſum eſt, *conc. ant.* reſpectu aliorum, *neg. ant. & conſ.* Tametſi privilegium non ſit lex reſpectu illius, cui competit, hunc enim regulariter excuſat ab obligatione legis, eſt tamen reſpectu aliorum, quos obligat, ne privilegiarium impediant ab uſu ſui privilegii.

Inſtabis: Si privilegium omnes obligat extra privilegiatum, non eſt lex privata, ſed communis, ergo male definitur, quod ſit privata. *R. diſt. ant.* Non eſt lex privata, ſed communis, ſi commune omnium bonum proxime concernat, *eſto*, ſi pro fine ſuo proximo habeat bonum privatum, *neg. ant. & conſ.* Lex communis illa dicitur, quæ pro fine ſuo proximo habet bonum commune: hunc finem cum privilegium non intendat, dicitur lex privata. *Franz. Inſt. h. t. p. 3. §. 10. n. 37.*

Dividitur privilegium *1mo* in *reale* & 37
perſonale. l. 196. ff. de R. I. ubi in hæc verba reſcribitur: *Privilegia quædam cauſæ ſunt, quædam perſonæ: & ideo quædam ad hæredes tranſmittuntur, quæ cauſæ ſunt: quæ perſonæ ſunt, ad hæredes non tranſeunt.*

Reale vocatur, quod proxime inhæret rei: vel perſonæ competit, & ob cauſam realem primario conceſſum eſt. *Perſonale* eſt, quod proxime inhæret perſonæ, ita ut cum ea extinguatur.

Sane, ut intelligas, an privilegium reale ſit, an perſonale, res magnæ utilitatis, ſed difficultatis eſt non exiguæ. Tu ſic collige. Vel privilegium proxime affigitur rei a perſonis diſtinctæ, vel tribuitur perſonis qua talibus. Privilegium prioris generis reale eſt, adeoque ſi Eccleſiæ, monaſterio, fundo, univerſati concedatur privilegium, id reale dicitur, quia ipſi rei proximæ inhæret. Sic quoque Privilegium, vigore cujus domus aliqua eximitur a quarteriis, a tributis vel ſteuris, reale eſt, conſequenter ad hæredes, & ſucceſſores tranſit *d. l. 196.*

Privilegium poſterioris generis quandoque reale, quandoque perſonale eſt. Reale eſt, quando ob cauſam realem tribuitur. Perſonale eſt, quando perſonis tribuitur ob cauſam aliquam perſo-

Google

ſonalem. Ut ecce! Clerici, Senatores, decuriones, item Doctores legum ſunt immunes a ſordidis muneribus. Hoc privilegium erit perſonale, atque adeo non tranſitorium ad hæredes, competit enim hoc privilegium ob qualitatem perſonalem, puta, Clericatum, dignitatem Senatoriam, Profeſſuram, &c. quæ ſunt qualitates perſonales, atque perſonis ita inhærent, ut inde avelli nequeant. Contra privilegium, quo gaudet minor, ita ut ſubrico ætatis læſus reſtituatur in integrum, dicitur reale, quia ob cauſam realem, puta, ob læſionem, & ut damnum avertatur a patrimonio, tribuitur, & hinc privilegium reſtitutionis in integrum conceſſum minori tranſit ad hæredes. *L. 6. ff. de integr. reſtit.* Item privilegium SCti Vellejani reale eſt, quia cauſa privilegii immediate non eſt perſona mulieris, ſed ipſa deceptio, vel læſio, unde hoc privilegium & hæredi prodeſt. *L. 20. C. ad SCtum Vell. Zoëſ. ff. eod. n. 5. Menoch. de præſumpt. l. 3. præſ. 204. n. 17.*

38 *Dices:* Privilegium Doctoratus, Clericatus, Senatoratus, &c. eſt reale, quia ad omnes Senatores, Doctores, & Clericos transmittitur; ergo falſum eſt, quod, uti dictum, ſit perſonale. ℞ Privilegium Doctoratus, Clericatus, &c. poſſe dupliciter conſiderari, primo, quatenus dignitati annexum eſt, & ſic reale erit. Secundo, quatenus perſonæ, habenti dignitatem doctoralem, annexum eſt, & hoc reſpectu erit perſonale, nec tranſmiſſibile ad hæredes. Confer. *Zoëſ. ad decretal. de privileg. & exceſſ. privilegiat. n. 5.*

Sin ex dictis dignoſcere nequeas, privilegium perſonale, an reale ſit, formam verborum ſpectare neceſſe eſt: An videlicet verba in rem, an in perſonam directa ſint. Si verba in rem directa ſint, v. g. ſi Ciſtercienſibus, ſi Epiſcopis Viennenſibus privilegium, ne ſolvant decimas, conceſſum ſit, reale erit. quia cenſetur loco, vel ſedi conceſſum. Si verba dirigantur in perſonam, refert, an nomen dignitatis, an nomen proprium ſit præmiſſum. Si nomen dignitatis, v. g. ſi tibi Epiſcopo Salisburgenſi Cajo privilegium datum ſit, reale erit, cenſetur enim dignitati conceſſum. Si nomen proprium ſit præfixum, v. g. ſi tibi Cajo Epiſcopo Salisburgenſi conceſſum ſit privilegium, perſonale erit, quia cenſetur perſonæ tributum. Sic quoque privilegium alicui ratione eminentis doctrinæ conceſſum perſonale erit, eo quod ob qualitatem perſonalem conceſſum ſit. Item privilegium competentiæ, quod habet maritus, patronus, ſocius, donator, &c. perſonale erit, quia proxime reſpicit perſonam. *Zoëſ. ff. de conſtit. n. 17. Menoch. loc. cit. præſumpt. 204. per tot.*

Quod ſi denique his omnibus conſideratis adhuc dubius hæres, ſuſpenſo ſimilis, videndum eſt, an ſit *odioſum*, v. g. contra Jus commune, aut tendat in alterius præjudicium, an vero ſit *favorabile* continens meram gratiam citra alterius præjudicium. Priori caſu cenſebitur perſonale, quoniam odia reſtringenda ſunt, & quæ a Jure exorbitant, non debent trahi in conſequentiam. *cap. odia 15. & cap. quæ a Jure 28. de R. J. in 6.*

Poſteriori vero caſu reale dicendum 39

eſt, beneficia enim Principum latiſſime interpretanda ſunt. *L. 3. ff. de conſtit. Princip. Engl. ad tit. de privileg. & exceſſ. privileg. n. 4.*

Dividitur *2do.* In privilegium *gratioſum*, *remuneratorium*, & *conventionale*. *Gratioſum* eſt, quod gratis tribuitur, nulla habita ratione meritorum, vel obligatione reciproca privilegiati. *Remuneratorium* eſt, quod alicui propter bene merita datur. *Conventionale*, quod conceditur interveniente pacto, vel conventione.

Dividitur *3tio* Privilegium in *favorabile*, & *odioſum*. *Favorabile* eſt, quod meriſſimum favorem ipſius privilegiari reſpicit, nullique parit incommodum, aut præjudicium. Tale eſt Privilegium diſpenſandi, celebrandi ante auroram, veſcendi carnibus tempore quadrageſimæ, portandi catenam auream, &c. *Odioſum* dicitur, quod quidem privilegiarii favorem reſpicit, ſed tamen redundat in aliorum gravamen, v. g. ſi cuidam concedatur licentia exigendi decimas, aut collectas extraordinarias. *Glettle ſelect. quaſt. p. 1. q. 5. n. 1.*

40 Q. I. An privilegium ſtatim a tempore collationis, ſive (ut ajunt) a die datæ effectum ſuum habeat, an tunc demum, quando privilegiarius conceſſi privilegii notitiam acquirit, illudque acceptat? ℟. Privilegia motu proprio, & voluntate libera Principis conceſſa, ſecernenda eſſe ab iis, quæ conceduntur ad inſtantiam partis. Privilegia prioris generis non ſortiuntur effectum, antequam de iis conſtet privilegiario, quia donationis naturam ſapiunt, quæ ante notitiam & conſenſum donatarii completa non cenſetur. *L. qui abſent. 38. ff. de acq. poſſ. & l. abſenti. ff. de donat.* Equidem poteſt Princeps de abſoluta poteſtate privilegium concedere etiam invito, quia, cum ex gravi & juſta cauſa invito auferre Jus quæſitum poſſit, non apparet, quare conferre invito privilegium non poſſit.

Privilegia poſterioris generis quandoque valent, antequam privilegiario de iiſdem conſtet, quandoque non valent. Vel enim privilegium poteſt eſſe utile privilegiario, eſto ejus notitiam non habeat, vel non poteſt eſſe utile. Si poteſt, ſtatim, quando conceſſum eſt, valet, licet de conceſſione privilegiario nondum conſtet, quia hoc ipſo, quod per nuntium, aut procuratorem privilegium urgeat, antecedenter cenſetur id acceptare, adeoque ſicut donatio per acceptationem antecedentem completur, ita & tale privilegium. Sin utile eſſe non poteſt, ante vim non obtinet, quam privilegiarius ejus acceperit notitiam, cum Princeps non ſciat, utrum acceptare velit, nec ne. Ut ecce! Urges per procuratorem & nuntium licentiam contrahendi matrimonium cum Berta conſanguinea tua, privilegio hoc juvaris, eſto, neſcias tibi conceſſum eſſe, adeoque ſtante notitiam ejus contrahas cum Berta, peccas quidem, matrimonium tamen tenet.

E contra impetras per nuntium exemptionem a lege jejunii, privilegio hoc non ante juvaris, quam de eo tibi conſtet, quia non ante tibi poteſt eſſe proficuum, cum ante notitiam ejus omittere jejunium abſque peccato nequeas. Confer *Zoeſ. ad decret. tit. de priv. n. 26. P. König. ibid. n. 23. Engl. eod. tit. n. 12. Menoch. de arbitr. caſ. 185. num. 46.*

Q. II.

Q. II. An privilegiatus utatur ſuo privilegio contra privilegiatum? Tametſi difficilis ſit & ardua iſthæc quæſtio, Juriſque tyronibus nō videatur explicanda, attingenda tamen eſt, quia in ipſis Inſtitutionum principiis frequenter occurrit. Itaque ſi duo privilegiati ſimul concurrant, referre exiſtimo, an paria ſint utriusque privilegia, an diverſa?

41 Si paria ſint utriusque privilegia, tunc privilegiatus gaudet ſuo privilegio contra æque privilegiatum. Ut ecce! Abſens Reipublicæ cauſa v. g. Legatus, Ambaſciator &c. hoc habet privilegium, ut reſtituatur in integrum, ſi ex abſentia ſua læſus ſit. *L. 1. & 4. ff. ex quibus cauſ. major.* Jam fac, quod abſens Reipublicæ cauſa ab æque Reipublicæ cauſa abſente læſus ſit. Hoc in caſu privilegiatus gaudet ſuo privilegio, & reſtituitur contra pariter abſentem Reipublicæ cauſa. *L. fin. ff. eod.* & ibi *Brun.* Ex eodem fonte ſua ſponte fluit, quod Eccleſia, quæ gaudet privilegio non ſolvendi decimas, eodem privilegio utatur contra aliam Eccleſiam pari privilegio munitam. Item quod Eccleſia non præſcribat contra Eccleſiam, niſi ſpatio quadraginta annorum. Et denique, quod nobilis (ſi v. g. ſtatutum vigeat, ne nobiles propter debita in carcerem conjiciantur) gaudeat ſuo privilegio, & ab altero nobili in carcerem detrudi nequeat. *Zoeſ. ad decret. tit. de privil. num. 27. Covarr. ad cap. poſſeſſ. p. 2. §. 2. num. 4.*

Dices. Si minor dederit minori pecunias mutuas, easque accipiens diſſipaverit, tunc dans non gaudet beneficio reſtitutionis in integrum; *L. 11. §. pen. ff. de minor. 25. annis Zoeſ. ff. ad SCt. Vell. n. 25. Brunn. ad d. l. 11. §. pen. n. 12.* Ergo falſum eſt, quod privilegiatus gaudeat ſuo privilegio contra pariter privilegiatum, ſi paria ſint utriusque privilegia. ℞. Noſtram deciſionem tunc demum procedere, ſi ille, qui vult uti privilegio, certet de damno vitando, & alter de lucro captando. Secus vero, ſi ille, qui vult uti privilegio, certet de lucro captando, & alter de damno vitando: hoc enim caſu privilegiatus non utitur ſuo privilegio contra æque privilegiatum. *Zoeſ. & Brunnemann. loc. cit.*

Si privilegia ſint diverſa, ut unum alteri reſiſtat, & unus privilegiatus concurrat cum ſuo privilegio cum privilegiato ex alio privilegio, tunc privilegiatus contra privilegiatum non utitur ſuo privilegio. Ut ecce! Filiusfamilias habet privilegium SCti Macedoniani, & minor habet beneficium reſtitutionis in integrum. Jam fac, filiusfamilias a minore acceperit mutuum, & pecunias diſſipaverit. Hoc in caſu filiusfam. non gaudet ſuo privilegio. *d. l. 11. § fin. ff. de min.* Item mulier gaudet privilegio Senatusconſulti Vellejani, & minor, ut dictum, beneficio reſtitutionis in integrum. Jam fac, quod mulier apud minorem fide juſſerit. Hoc in caſu mulier non gaudet beneficio SCti Vellejani. *L. 12. ff. eod. Zoeſ. ff. h. t. n. 52. Manz. de fidejuſſ. cap. 3. n. 25.*

Dices. Si minor filiofam. majori dederit mutuum, tunc gaudet beneficio reſtitutionis in integrum; *d. l. 11. §. fin.* ergo privilegiatus gaudet ſuo privilegio contra privilegiatum, etiamſi diverſa ſunt privilegia. ℞. *conc. ant. diſting. conſ.* ergo privilegiatus gaudet ſuo pri-

vilegio contra privilegiatum, etiamſi diverſa ſunt privilegia, caſu quo unum privilegium altero non eſt fortius, & potentius, *neg.* in caſu, quo unum privilegium altero eſt fortius & potentius, *conc. conſ.* Privilegium reſtitutionis in integrum eſt potentius, quam beneficium SCti Vellejani, major enim habetur ratio ætatis *d. l. 11 §. fin. Zoëſ. loc. cit. n. 25. Brunn. in d. l.* 11. atqui quando concurrunt duo privilegiati, is præfertur, qui privilegium potentius habet *Menoch. de præſumpt. p. 72. l. 2. n.* 21.

42 Q. III. Quibus modis amittantur privilegia? Reſpondetur variis modis amitti.

1mo. Amittitur privilegium per interitum perſonæ, ſi perſonale, aut rei, ſi reale ſit; adeoque ſi perſona moriatur, aut res pereat, puta, ſi dignitas, ac officium pereat, ceſſat privilegium *cap. 7. de R. I. in* 6. *cap.* 25. ✠ *de V. S.* Ratio: quia corruente principali, corruit acceſſorium. Cæterum, ſi ſit ſpes rei, quæ forte per ruinam, bellum, vel alium caſum periit, refectionis, tunc ſi res reficiatur, conſervantur privilegia, & reviviſcunt. *L. ædes ſacra. 73. ff. de contrah. empt.* ubi ædes hac ſacra terræ motu diruta, locus ædificii non fit profanus. *P. Engel. loc. cit. num.* 14. *Pirhing. ad Jus Canon. tit. de privileg. ſect.* 6. §. 6. *D. P. König. loc. cit. n.* 26.

Q. IV. An per mortem concedentis amittatur privilegium? Reſolutive dicendum, quod non, gratiæ enim ſemel conceſſæ etiam re integra morte concedentis non expirant, *cap. ſi ſuper.* 9. *de off. deleg. in* 6. *cap. ſi cui nulli.* 36. *de præbend. in* 6. Accedit, quod privilegium ſit ſpecies donationis, quæ non finitur morte donantis *Zoëſ. ad Jus Canon. loc. cit. ad num.* 10. Unde habens privilegium a S. Pontifice, vel Epiſcopo abſolvendi a reſervatis, diſpenſandi in certis caſibus, eodem etiam uti poterit poſt obitum S. Pontificis, & Epiſcopi.

2do. Amittitur privilegium per temporis lapſum, ad quod privilegium eſt reſtrictum. *cap. 4. de off. deleg.* Nam ad tempus conceſſa, poſt tempus cenſentur negata. *L. Thais.* 41. §. 1. *de fideicommiſſ. libert.*

3tio Amittitur privilegium, ceſſante cauſa finali, ob quam datum eſt, juxta decantatam regulam, quod ceſſante cauſa, ceſſet effectus. *Cap. 40. de appellat.*

Illud notandum: ad hoc, ut cauſa finali ceſſante, etiam ceſſet privilegium, requiri, ut cauſa finalis non ceſſet *negative*, ſed *contrarie.* Negative ceſſare dicitur cauſa finalis, quando illa cauſa non amplius exiſtit, uſus tamen privilegii non eſt injuſtus, aut redundans in præjudicium privilegiati. Contrarie ceſſare dicitur cauſa finalis, quando circumſtantiæ ita mutantur, ut uſus privilegii evadat iniquus, aut cedat in detrimentum ipſius privilegiati.

Caſus, in quo cauſa finalis privilegii ceſſat *negative*, talis figurari poteſt. Alicui monaſterio conceſſum eſt privilegium non ſolvendi decimas, & quidem propter inopiam, qua tunc temporis laborabat. Poſtea monaſterium factum eſt dives, & abunde habere cœpit, quæritur, an ceſſet privilegium? ℟ *negative*, nam licet cauſa ceſſaverit, ut hoc ſtatu idem privilegium non concederetur, conceſſum tamen recte conſervatur

tur citra injuſtitiam, quia factum ſemel legitime non debet retractari, licet ad caſum devenerit, a quo inchoari nequit, *cap. 74. de R. l. in 6.*

Caſus, in quo cauſa finalis privilegii ceſſat *contrarie*, talis eſt: Alicui Eccleſiæ debentur certæ decimæ, iſtæ remittuntur, quia Eccleſia tempore remiſſionis dives erat, poſtea mutato rerum ſtatu Eccleſia eo paupertatis delabitur, ut alimentis deficiat, hoc in caſu ceſſat cauſa finalis contrarie, quia uſus privilegii redditur iniquus, & redundans in detrimentum Eccleſiæ: pariter ex eadem ratione privilegium comedendi carnes ceſſat, ubi cauſa privilegii, puta, ægritudo corporis receſſit. *Zoeſ. ad Jus Canon. num. 33. Engl. loc. cit. num. 20. Gonzalez. in cap. 9. ✠ de decimis, & cap. 16. de cleric. non reſident.*

41o. Expirat privilegium per revocationem privilegium concedentis; qui enim gratiam fecit, gratiam revocare poteſt. *Panormit. in cap. novit. n. 25. & n. 28. de judiciis. Gail. l. 2. obſerv. 60. n. fin.* Hoc tamen ſuas patitur limitationes.

Primo enim revocari poteſt privilegium, ſi ſit ſubdito conceſſum: non vero ſi non ſubdito conceſſum ſit privilegium, & ab illo acceptatum, hoc enim caſu revocari non poteſt, ratio, quia tranſit in contractum, & Jus privilegiario quæſitum eſt, quo non poteſt privari per alienum Principem, cui non eſt Jus privandi rebus ſuis legitime acquiſitis, ſibi non ſubjectum. *Zoeſ. loc. cit. num. 20. Künig. ad tit. de Privileg. n. 28.* ubi infert, privilegium a Principe laico conceſſum Eccleſiis, & piis cauſis non amplius poſſe revocari.

Secundo procedit 4tus modus amittendi privilegium, ſi id ſit gratis conceſſum, & maneat in pura ratione privilegii, tunc enim a concedente revocari poteſt, ratio, quia privilegium, ut vocant, mere gratioſum, quod videlicet manet in pura ratione privilegii, non tranſit in dominium ſubditi, atque ita ſemper pendet ex voluntate Principis, qui proinde id pro libitu & arbitrio revocare poterit, tametſi decenter id fieri non poſſe, doceat *Pirrh. in compend. Jur. can. ad tit. de privileg. ſect. 6. §. 4.* eo, quoniam, quod ſemel placuit, diſplicere amplius non debet. *Cap. 21. de R. l. in 6.*

Quod ſi privilegium tranſeat in pactum vel contractum, uti privilegium conventionale, & remuneratorium; a Principe ſine urgentiſſima cauſa revocari non poteſt, eo quod Princeps nemini debeat ſine juſta cauſa Jus quæſitum tollere. *P. Engl. loc. cit. n. 9. Zoeſ. loc. cit. n. 30.*

51o. Extinguitur privilegium per renunciationem, id eſt, voluntariam abdicationem Juris ſibi conceſſi; ratio, quia invito non datur beneficium, & favori, pro ſe introducto, quilibet poteſt renuntiare. *l. pen. Cod. de pact.*

61o. Expirat privilegium per non uſum. Non uſus vero duplex eſt, *negativus*, & *omiſſivus*. *Negativus* vocatur, cum quis ideo privilegio non utitur, quia occaſio utendi ſe non offert. *Omiſſivus*, cum quis privilegio non utitur tempore habili, & opportuno Non uſus negativus nunquam ſufficit ad amiſſionem privilegii. *Arg. l. 24. § 1. & l. 35. ff. de S. R. P.* ubi dicitur, quod ille, qui ideo aquam non duxit longo tem-

tempore, quia fons exaruit, non amittat Jus aquæ ducendæ; ergo eoam, qui ideo privilegio non utitur, quia occaſio utendi ſe non offert, privilegium non amittet. Neceſſe proinde eſt ad amiſſionem privilegii, ut non uſus omiſſivus concurrat, hic enim ſolus ponit voluntatem internam carendi privilegio. *Arg. l. 10. § 1. l. 19. ff. quemadm. ſervit. amitt.* Confer. *Gletl. ſelect. quaeſt. part. 1. quaeſt. 5. per tot.* ubi more ſuo ſolide hanc materiam diſcutit.

§. Prætorum 7.

43 Quinta ſpecies Juris civilis ſcripti ſunt *Edicta Prætorum*, quæ definiri poſſunt, quod ſint Jus adjuvandi, ſupplendi, aut corrigendi Juris civilis gratia a Prætoribus propoſitum. *Text. hic & in l. 7. §. 1. ff. de J. & J.* Hodie Juris prætorii & Juris civilis aut nulla, aut exigua differentia eſt, vide tamen lata manu hac de re differentem. *Manz. Inſt. hic. Bachov. & Ludw. ibid.*

§. Reſponſa 8.

44 Sexta Juris civilis ſcripti ſpecies ſunt Reſponſa *Prudentum*, quæ nihil aliud eſſe dicuntur, quam ſententiæ, & opiniones eorum, quibus permiſſum erat de Jure reſpondere. *Text. hic.* Antiquitus enim quibusdam a ſacratiſſimis Principibus data poteſtas erat interpretandi Jura & leges, idque, quod reſponderint, tantam vim habuit, atque auctoritatem, ut Judici recedere a reſponſo Prudentum non liceret. *Manz. n. 11. hic.* Hodie Reſponſa JCtorum non vim legis, ſed nudam habent probabilitatem, ut proinde cuique eorum tantum credendum, quantum quiſque probat. *Myſing. Inſt. hic n. 5.*

§. ſine ſcripto 9.

Hactenus de Jure ſcripto, ſequitur de non ſcripto, quod nomine magis proprio conſuetudo appellatur.

45 Quæ concinne definitur, quod ſit Jus moribus introductum, & tacito ſummæ poteſtatis conſenſu approbatum.

46 Dividitur in eam, quæ eſt *contra legem*, quæ *præter legem*, & quæ *juxta legem*.

Conſuetudo *contra legem* eſt, quæ legem præexiſtentem tollit, & abrogat. *Juxta legem*, quæ legem ſcriptam ſupponit, ac obſervando confirmat, ne in deſuetudinem abeat. *Præter legem*, quæ verſatur circa materiam lege non præceptam, ac novam obligationem inducit.

Obj. 1mo: l. 2. Cod. quæ ſit longa conſuetudo. Ubi dicitur conſuetudinem tam validam non eſſe, ut legem vincere poſſit. R. Primo verum eſſe, quod conſuetudo non ſit validior lege, ſed tam valida tamen ſit, ut legem tollere, & abrogare poſſit. Ad victoriam majores vires requiruntur, ad abrogationem pares. *Franz. Inſtit. h. t. p. 4. n. 29.*

Reſpondetur ſecundo textum *d. l. 2.* intelligendum eſſe de conſuetudine irrationabili, & invalida. *Zoeſ. ff. h. t. n. 96. P. König ad Jus Can. 19.* Confer. *Gonzalez in cap. ult. X. de conſuetud. & Menoch. l. 1. de arbitr. quaeſt. 71.* 47

Obj. 2do: Conſuetudo contra legem, eſt contra rationem, ſcilicet ipſius legis;

gis; ergo eſt irrationabilis, & conſequenter invalida. ℞. *diſt. ant.* conſuetudo contra legem eſt contra rationem aliquam, *conc.* omnem, *neg. ant, & conſ.* Lex quandoque fundatur in unica ratione, quandoque vero in pluribus: ſi lex fundata ſit in unica ratione, & conſuetudo contra illam pugnet, erit invalida: ſi vero lex plures rationes habeat, tametſi deinde conſuetudo contra aliquam pugnet, non tamen eapropter rationabilis eſſe deſinit. Ut ecce! Jus commune diſponit, ne Epiſcopus cauſas graviores & majoris momenti ſine conſenſu capituli ſolus expediat, ex ratione, ne forte quid temere fiat ab Epiſcopo. Contra talem legem ſeu ſtatutum conſuetudo introduci poteſt, ut ſcilicet Epiſcopus ſolus etiam cauſas majoris momenti expediat, & hac forſan ratione, ut lites citius expediantur. Advertis, hanc conſuetudinem eſſe quidem contra aliquam rationem, nempe illam, ob quam prior lex introducta eſt, non tamen eſſe contra omnem rationem, quia alia ratione fundatur.

Obj. 3tio: L. 3. §. 5. ff. de ſepulch. viol. Ubi aperte dicitur ſtatutum non valere contra legem, ergo neque conſuetudo contra legem valebit. ℞. *conc ant. neg. conſ.* Differentiæ ratio eſt, quod per ſtatutum expreſſe derogetur legi, per conſuetudinem vero tacite, ſæpe autem expreſſa nocent, quæ non expreſſa non nocent *L. 52 ff. de condit. & demonſt. ita Schamb. Inſt. hic verſ. ob. 4.* Ego puto id addi poſſe, quod in conſuetudine introducenda præſumatur concurrere tacitus conſenſus Principis, ut proinde lex præexiſtens ex conſenſu Principis abrogetur. Contra vero in ſtatuto non adeſt, neque adeſſe præſumitur conſenſus Principis in abrogationem legis. Non mirum proinde, quod Dux Bavariæ per ſtatutum legi civili derogare nequeat, ſaltem ut extra ejus territorium vigorem habeat, quia ſtatuta contra legem non valent.

Requiſita conſuetudinis quinque abſolvunt.

Primo requiritur pluralitas actuum, 48
hoc eſt, ut actus, ex quibus inducitur conſuetudo, ſæpius fuerint exercitati, & frequentati, ita, ut ſufficienter conſtare poſſit de tacito populi conſenſu ad inducendam conſuetudinem, *L. 1. C. quæ ſit long. conſuet. L. 3. cod de ædif. priv.* Quot vero præciſe actus ad conſuetudinem introducendam requirantur, in univerſum determinari non poteſt, ſed rectius diſcreti Judicis arbitrio determinandum relinquitur, qui ex qualitate actuum judicet, arbitreturve, an ita notorii & frequentes ſint, ut exinde ſufficienter tacitus populi conſenſus colligi poſſit, ita *Gail. l. 2. obſ. 31. n. 7. Maſcard. de probat. concluſ. 24 n. 14. & 15. Menoch. de arbitr. Jud. l. 2. caſ 81. n 4.* Recte profecto, quoties enim aliquid Jure noſtro non ſatis repetitur definitum, toties recurritur ad judicantis arbitrium. *Manz. Inſt. hic n. 16. Harp. n. 31. hic Schneid. n. 6.*

Non adverſatur, *l. nemo. 3. c. de Epiſcop. aud. & c 25. cauſ. 25. q. 2.* ubi geminatio ejuſdem criminis conſuetudo dicitur, ut proinde duo actus ſufficere videantur. Enim vero allegati textus de conſuetudine facti, ſive de aſſuefactione, non vero de conſuetudine Juris inducente, vel abrogante legem

lo-

loquuntur, ut ſenſus ſit, per geminationem criminis jam quis eſſe dicitur habituatus quaſi, & conſuetudinatius, ut proinde acrius in talem animadverti poſſit. *Königⁿ. loc. cit. n. 7. Harp. loc. cit. Schambog. hic.*

Q. V. An per unum actum conſuetudo introduci poſſit?

Dixeris quod non. *1mo:* quia ad conſuetudinem requiritur actuum frequentia; *l. Cod. quæ ſit long. conſuet.* ſed per unum actum non habetur frequentia actuum; ergo unus actus non ſufficit.

49 *2do*: Quod ſemel factum eſt, frequenter factum dici non poteſt, ergo per unicum actum conſuetudo nequit introduci, ita *Schneid. n. 6. Mynſ. n. 6. hic Marz. n. 12. Harp. n. 30. Menoch. loc. cit. caſ.* 81 *n. 2.*

Verum his non attentis teferre exiſtimo, an actus ille ſit momentaneus, an ſucceſſivus. Si actus ſit momentaneus, qui breviter perficitur, conſuetudinem non fundat. Si actus ſit ſucceſſivus, qui ad ſuam perfectionem, & conſummationem requirit tractum longioris temporis, conſuetudinem fundat. Ut ecce! in loco aliquo, ubi pons non fuit, populus ædificavit pontem, & tum conſtanter tranſiit, v. g. per quadraginta annos: vel ſi in beneficio ſæcularis inſtitutus fuerit, in iſtis caſibus, quin conſuetudo introducatur, non inſanæ mentis dubitat. Ratio, quia actus, qui in ſe habent factum aliquod ſucceſſivum, continent in ſe virtualiter plures, ergo ſi plures actus momentanei ad inducendam conſuetudinem ſufficiunt, unicus quoque actus ſucceſſivus ſufficiat, neceſſe eſt; ſic in adducto exemplo utique idem eſt, ſi pons continuo frequentatus fuerit a populo, ac ſi bis, ter, quater, vel frequentius per violentiam fluminis fuiſſet abreptus, & iterum noviter reſtauratus.

Confirmatur. Ideo plures actus requiruntur ad conſuetudinem, ut inde ſufficienter colligi poſſit populi conſenſus, ſed iſte conſenſus poteſt etiam colligi ex actu plane notorio & ſucceſſivo, licet unico; ergo unicus actus ſucceſſivus ſufficiet. *Franz. Inſt. b. 1 p. 4 n 8. Faber Inſt. hic n. 8 Perrh. de conſuet. ſect. 1. §. 4. n. 20.*

Ad *1mum R. diſt. maj.* ad conſuetu- 50
dinem requiritur actuum frequentia momentaneorum, *conc.* ſucceſſivorum, *neg. maj.* & ſic *diſtincta min. neg. conſeq.* Non enim ideo actuum frequentia requiritur, quaſi de forma eſſet, & ut plures numeri actuum conſurgant, ſed ut ex iis populi conſenſus in conſuetudinem colligi poſſit.

Ad *2dum* eadem eſt ſolutio. Quod ſemel factum eſt, frequenter factum dici non poteſt frequentia materiali, quæ plures numeros producit, *conc.* frequentia formali, quæ plures actus in ſe continet, *neg. ant. & conſ.*

Secundo requiritur, ut actus ſint liberi, & cum animo ſe obligandi geſti, neque extorti. Unde

Colliges *1mo* per actus metu extor- 51
tos non induci conſuetudinem, quia non cenſentur facti animo inducendi conſuetudinem, ſed potius animo evitandi malum, quod intentatur. *König. ad Jus Can. tit. de conſuet. n 5.*

Colliges *2do*: Ex actibus meræ fa- 52
cultatis citra animum ſe obligandi geſtis non induci conſuetudinem, actus enim

enim agentium non operantur ultra intentionem eorum. *L. 19. ff. de reb. credit.* Hinc recitatio certarum precum ad pulſum Angelicum, ſumptio aquæ benedictæ in ingreſſu Eccleſiæ, licet per quinquaginta annorum ſeriem factæ, conſuetudinem *non* ponunt, quia non cenſentur tales actus animo ſe obligandi geſti. *P. Engl. tit. de conſuet. n. 9. Suarez. l. 7. d. LL. c. 14. n. 6.*

53 Colliges *3tio.* Per actus ex ignorantia vel errore factos non introduci conſuetudinem, error enim excludit conſenſum, *Zoeſ. ff. de LL. n. 74.* Hinc licet ſubditi aliquod feſtum per centum annos celebrarint, rati, ad hoc ſe obligari: conſuetudo tamen non introducitur. *Haunold. de J. & J. tit. 1. proœm. c. 3. controv. 3. n. 140. Kønig. loc. cit. n. 5.*

54 Q. VI. An actus, per quos conſuetudo introducitur, debeant eſſe judiciales, & in judicio contradictorio obtenti?

℞. *1mo*: Alta pace inter DD. obtinere per actus judiciales, & in judicio contradictorio obtentos conſuetudinem introduci. Ita DD. *in l. 32. ff. de LL. & cap. fin.* ✠ *de conſuet.* Fac proinde in civitate ter, vel quater, vel ſæpius judicatum eſſe, quod filii maſculi in ſucceſſione paterna excludant filiam dotatam, & lapſum eſſe legitimum tempus, (de quo paulo poſt) nec non in majorem populi notitiam id perveniſſe, & non contradixiſſe, dubium ſane nullum eſt, quin conſuetudo taliter introducatur. *Schmeid. Inſt. hic n. 7.*

℞. *2do*. Etiam per actus extrajudiciales conſuetudinem introduci poſſe. *Ita Gail. lib. 2. obſerv. 31. n. 8. Harp. Inſtit. hic n. 34. Hunn. var. reſol. lib. 1. tract. 1. q. 26. Zoeſ. ff. de LL. num. 75.*

Probatur *per l. 38. ff. de LL.* ubi dicitur *Conſuetudinem, aut rerum perpetuo ſimiliter judicatarum authoritatem, vim legis obtinere debere.* Certe JCtus non tam clare res judicatas a conſuetudine diſtinxiſſet, ſi ex rebus judicatis conſuetudo deduci deberet, ſufficit ergo vel conſuetudo, vel res perpetuo ſimiliter judicata, ut obligatio legis conſurgat. *Chlingenſp. Inſt. l. 1. q. 17.*

Accedit aperta ratio: quoniam conſuetudo ex tacito conſenſu populi vim & robur ſuum recipit; ſed iſte conſenſus colligi poteſt ex actibus etiam extrajudicialibus; ergo.

Non obſtat, *l. 34. ff. de LL.* ubi in hæc verba reſcribitur: *Cum de conſuetudine confidere quis videtur, illud explorandum arbitror, an contradictorio aliquando judicio firmata ſit.* Ergo ad conſuetudinem requiruntur actus judiciales. ℞. enim *diſt. conſ.* ergo ad conſuetudinem requiruntur actus judiciales, de neceſſitate, *neg.* de utilitate & in ordine ad faciliorem probationem, *conc. conſ.* Ecce! ſi dubitetur de conſuetudine, num introducta ſit, nec ne, tunc, qui illam probare intendit, attendere, & inquirere debet, an in judicio contradictorio non ita ſemel judicatum fuerit; ſic enim in faciliorem ejus probationem devenire poterit.

Tertio: Requiritur ad conſuetudinem, ut ſit rationabilis, hoc eſt, non adverſetur Juri naturali, aut Divino, neque vergat in præjudicium utilitatis publicæ. *cap. 2. diſt. 4. cap. 5. diſt. 1. c. 3. 5. & 8. diſt. 8.* Unde non valet conſuetudo, quæ parentes alimentis privat, aut

E fœ-

fœnerandi præbet licentiam; ratio, quia conſuetudo imitatur legem. *arg. cap. 9. & ult. X de conſuetud.* lex autem debet eſſe rationabilis; *l. 39 ff. de LL.* ergo & conſuetudo ſit rationabilis, neceſſe eſt, alias non conſuetudo, ſed corruptela futura eſſet *cap. 7. & ult. X de conſuet. Gail. 2. obſerv 11. n. 11. Gonzalez. in c. 1. d. t. Harp. Inſt. hic n. 12.*

Dices: Conſuetudo, quæ introducitur per actus illicitos, & formaliter peccaminoſos, non eſt rationabilis, ſed conſuetudo contra legem introducitur per actus illicitos, & formaliter peccaminoſos, quoniam actus contra legem geſti ſunt formaliter peccaminoſi, & illiciti; ergo conſuetudo contra legem non eſt rationabilis.

55 *R. d ſt. maj.* Conſuetudo, quæ introducitur per actus illicitos, & formaliter peccaminoſos, non eſt rationabilis, ſi actus illi concurrant ut cauſa, *conc. maj.* ſi actus illi concurrant ut indicium populi voluntatis obligationem legis excutere volentis, *neg. maj.* ſed conſuetudo contra legem introducitur per actus illicitos & formaliter peccaminoſos, ita tamen, ut iſti actus concurrant, ut conditio, ſine qua non, ſive ut indicium populicæ voluntatis, obligationem legis excutere volentis, *conc. min.* ut iſti actus concurrant, ut cauſa formalis, *neg. min. & conſ.* Actus illiciti & peccaminoſi non concurrunt ad conſuetudinem tanquam cauſa, quia ſubditi obligationem legis de ſe neque inducere poſſunt, neque tollere, ſed habent ſe præciſe tanquam conditio, ſine qua non, ſive ut clarius loquar, ſunt nudum indicium, ex quo colligit ſuperior, quod populus, quantum eſt in ſe, excutere nitatur obligationem legis. Confer. *Gettle ſelect. quæſt. p. 1. q. 6. per tot. ubi hac de re differte & ſolide diſcurrit.*

Quarto. Ad conſuetudinem requiritur diuturnitas temporis, quo aliquid obſervatum ſit, atque practicatum. Quantum vero temporis ad conſuetudinem requiratur, non una omnium eſt ſententia. Sunt, qui tempus deſiderent, cujus initii memoria non extat, & hi fundantur in *l. 3. § 4. ff. de aqua quotid. & æſtiv.* Sunt alii, qui tempus centum annorum requirant, & hi moventur per *l. 2. C quæ ſit long. conſuet.* his verbis: *Conſuetudinis, uſusve longævi non vilis authoritas eſt.* Longævum autem tempus centum annos denotat. *L. 23. C. de SS. Eccleſ. & l. 56. ff. de uſufruct.* Sunt denique, qui decennium ſufficere autument, nulla facta differentia inter præſentes & abſentes, & hi fundamentum ponunt in rubrica: *Tit. C. quæ ſit long. conſuet.* Longum autem tempus eſſe decennium, in confeſſo eſt. *Arg. rub. tit. C. de long. temp. præſcript.* Rationem vero, quod nulla inter abſentes, & præſentes differentia facienda ſit, adducunt iſtam, quoniam populus, & civitas abeſſe non dicitur. Mihi, ut verum fatear, in hac opinionum altercatione videtur, rem Judicis arbitrio determinandam relinqui debere, qui ſecundum levitatem & gravitatem materiæ, tempus ad conſuetudinem ſufficiens determinet, ita ut exinde populi conſenſus in conſuetudinem ſufficienter colligi poſſit: Ratio, quia, quæ certa lege definita non ſunt, judicis arbitrio determinanda relinquuntur: ita re ipſa docent *Menoch. lib. 2. de arbitr. caſ.* 83. *n. 6. Hun. var. re. tract. 1. q. 24. Fran.*

In-

Inſtit. h. t. p. 4. n. 13. & 14. König. ad Jus Can. tit. de conſuet. n. 9. P. Engl. d. tit. n. 19. confer. Gail. 2. ob. 31. n. 3. Mynſing. cent. 6. obſ. 41. n. 9. Schneid. n. 5. hic.

Dices: Conſuetudo debet eſſe legitime præſcripta, *cap. fin. ✠ de conſuet.* ergo ſicuti ad præſcriptionem requiritur modo longum, modo longiſſimum, modo immemoriale tempus, ita etiam ad conſuetudinem. ℞. *1mo.* Conſuetudo debet eſſe legitime præſcripta, hoc eſt, debet aliqua requiſita habere, quæ habet præſcriptio *conc.* debet habere omnia, *neg. ant. & conſ.* Ecce! ad conſuetudinem requiritur aliquod tempus, ſed negatur, idem requiri, quod ad præſcriptionem. Deinde conſuetudo ad inſtar præſcriptionis requirit tempus continuum, ita, ut ſi ante contrarius actus intercurrat, quam ſit perfecta, ad ſimilitudinem præſcriptionis interrumpatur; licet proinde aliqua requirantur ad conſuetudinem, quæ etiam deſiderantur ad præſcriptionem, male tamen & perperam infertur, omnia requiri ad conſuetudinem, quæ ad præſcriptionem. *Zoeſ. ff. de LL. n. 79. Chlingenſp. Inſt. h. t. q. 18.*

℞ *2do*: A præſcriptione ad conſuetudinem legitimum argumentum non duci, cum toto cœlo inter ſe differant. Enim vero primo præſcriptio a privato, conſuetudo introducitur a communitate. Secundo, præſcriptio requirit titulum, & bonam fidem; conſuetudo non etiam. Tertio, conſuetudo requirit pluralitatem actuum, puta, momentaneorum, præſcriptio unico actu contenta eſt.

Quinto: Ad conſuetudinem requiritur tacitus conſenſus ſuperioris, qui in ſtatu Monarchico eſt conſenſus Principis. ratio, quia conſuetudo eſt lex, vim autem legis non niſi ab authoritate Principis, qui habet poteſtatem legis ferendæ, accipere poteſt. Dixi *tacitus*, expreſſus enim conſenſus legem ſcriptam poneret *Arg. § 6. Inſtit. h. t.* ſed

An ad conſuetudinem requiratur ſcientia Principis? ℞. Non requiri, ſed ſufficere, quod non contradicat. *Arg. cap. 1. de Conſtit. in* 6. ubi dicitur, quod S. Pontifex plerumque ignoret ſtatuta & conſuetudines locorum. *Zoeſ. loc. cit. n. 84. Schambog. Inſt. h. t. verſ. 7. König. loc. cit. n. 17. Suarez. l. 7. de LL. cap.* 13. *Sanchez. de matrim. lib. 7. diſp.* 82. *n.* 20. *Franz. loc. cit. n.* 17. 56

§. Et non ineleganter 10.

Reddit hic Imperator rationem, quare Jus civile Romanorum in ſcriptum & non ſcriptum diviſerit, atque ideo contigiſſe, quia origo Juris Romani ab inſtitutis duarum civitatum Græcarum, puta, Athenarum, & Lacedæmoniorum profluxit, quarum ſecunda leges memoriæ mandabat, prima vero leges ſcribere ſolebat. *Manz. & Schamb. hic.*

§. Sed naturalia 11.

57 Quæritur in hoc paragrapho, an Jus naturale mutari poſſit? Magnæ huic difficultati enodandæ impigram manum adhibuerunt *Suarez. lib. 2. c. 8 n. 7.*

n. 7. de LL. Hug. Grot. de Jure belli & pacis lib. 1. c. 1. n. 5. & 6. Franz. Inſt. h. t. p. 1. n. 19. & ſeq. Glettle aſſert. 1. in ſuis aſſert. Jurid.

Ego diſtinguendum eſſe exiſtimo inter Jus naturale *poſitivum*, & *permiſſivum*.

Jus naturale *poſitivum* eſt, quod ex decreto quodam naturæ bona præcipit, & mala prohibet. Sic præcipit DEUM coli, parentes venerari, &c. prohibet vero furari, DEUM blasphemari, &c.

Jus naturale *negativum* eſt, quod non præcipit, vel prohibet aliquid ſed habet ſe tanquam negative & permiſſive, ut ſcilicet neceſſitate ita exigente humana poteſtas actum prohibere, vel præcipere poſſit.

Aſſertio prima: Jus naturale poſitivum immutabile eſt, *text. Inſt. hic. ſed naturalia quidem Jura ſemper firma, atque immutabilia permanent*. Ratio additur, quia Jura naturalia Divina quadam providentia ſunt conſtituta; ſicut ergo DEUS, Author Juris naturæ, non mutatur, ita nec Jus naturale. Ratio alia, quia impoſſibile eſt, ut, quod intrinſece bonum & honeſtum eſt, v. g. DEUM coli; vel malum eſt, v. g. DEUM blaſphemari, tale eſſe deſinat, niſi velis eſſentias rerum mutari poſſe.

Aſſertio ſecunda: Jus naturale negativum ſive permiſſivum mutationem non reſpuit: ratio, quia non præcipit, vel prohibet aliquid, ſed relinquit diſpoſitioni humani arbitrii, ut neceſſitate vel commoditate exigente id mutet, præcipue ſi ſalus & tranquillitas Reipublicæ id exigat; DEUS enim, & natura in neceſſariis nunquam deficiunt, & Principi omnis illa poteſtas conceſſa eſt, quæ ad conſervationem Reipublicæ neceſſaria eſt. *Zoeſ. ff. de J. & J. n. 51. & ſeqq. Schamb. inſtit. hic. Glettle aſſert. Jurid. 1. Chlingenſp. Inſtit. h. tit. quæſt. 5. ob 2 ſolide Franz. Inſtit. h. t. part. 1. n. 19. & ſeqq.*

Obj. 1ma: Libertas Jure naturæ com- 58
petit, ſed in ſervis ſublata eſt libertas; ergo Jus naturæ poteſt mutari. ℞. *diſting. maj.* libertas Jure naturæ competit permiſſivo, *conc.* poſitivo præceptivo, *neg. maj* & *conceſſa minori diſt. conſ.* ergo Jus naturæ poteſt mutari permiſſivum, *conc.* poſitivum, *neg. conſ.* Jus naturale non præcipit poſitive in homine libertatem, ſed pro circumſtantiarum qualitate, niſi aliud exigat neceſſitas & commoditas Reipublicæ.

Obj. 2do: Juri naturæ rerum communio refertur in acceptis, ſed hæc communio per Jus gentium eſt immutata; ergo Jus naturæ mutationi ſubjacet. ℞. ſub data diſtinctione: Juri naturæ rerum communio refertur in acceptis, permiſſivo, ſeu negativo, *conc. maj* poſitivo, ſeu præceptivo, *neg. maj* & *conceſſa minore diſt. conſ.* ergo Jus naturæ mutationi ſubjacet permiſſivum, *conc.* poſitivum, *neg. conſ.* Jus naturæ non vult poſitive, ſeu præceptive, ut omnes res ſint communes, ſed permiſſive, niſi aliud utilitas Reipublicæ, vel rationabilis cauſa exigat; quemadmodum Reipublicæ ſalus & magna ratio ſuaſit, quod facta fuerit rerum diviſio, nimirum, ut e Republica tollerentur rixæ, & diſcordiæ, quas parit communio.

Obj. 3tio: Lex, *Non occides*, eſt Juris naturæ poſitivi, & tamen Jura permittunt

tunt alterum defenſionis cauſa occidi. *L. 3. ff. de J. & J.* Deinde furari Jure naturæ præceptivo prohibitum eſt *l. 14. ff. de condict. indeb.* & tamen licet furari in extrema neceſſitate, *cap. 3. ✗ de furt.* ergo Jus naturæ etiam poſitivum, ſeu præceptivum mutari poteſt. Hoc argumentum a variis varie ſolvitur, prout videre eſt apud *Manz. Inſt. hic n. 5.* Mihi ſalvo aliorum judicio, videtur adminiculo diſtinctionis reſponderi poſſe. ergo Jus naturæ etiam poſitivum mutari poteſt, ſi in caſu mutationis gravis concurrat juſta & fortior cauſa, quam illa, in qua Jus naturale fundatum eſt, *conc.* ſi hæc non concurrat, *neg. conſ.* Ut iſtam ſolutionem facilius intelligas, ea in memoriam velim revoces, quæ ſupra *Inſtit. h. t. §. 1. verſ. ſecundum* dicta ſunt, ubi pro regula tenendum duxi. quod in caſu, quo concurrunt duæ rationes naturales, illa vincat aliam, quæ fortior eſt, atque majori nititur fundamento Ut ecce! lex naturæ præcipit, ne quis alterum occidat, ex ratione, quod alteri per alterum non debeat inferri injuria. Jam fac, quod emergat caſus, quo ſi alterum non occidas, tu ipſe occidendus ſis. Hoc in caſu poſſes alterum licite mactare; gravior enim & fortior eſt ratio, quæ vult, ne quis patiatur ſe occidi, quam illa, quæ vult, ne alterum quis occidat; quilibet enim vitam ſuam propriam alienæ præferre tenetur, juxta vulgatum illud: *Prima charitas incipit a ſe ipſa.* Patiret lex naturæ vult, ne alteri inferatur furtum, ex ratione, ne quis locupletetur cum jactura alterius. Jam fac, quod fame periturus eſſes, niſi fureris. Hoc in caſu, quin furari poſſis, non niſi inſanus negat, fortior enim eſt ratio, quæ pro vitæ conſervatione militat, quam ne alteri inferatur damnum. Ita reſpondet *Weſemb. inſtit. hic n. 2. & in paratit. n. 15. ff. de J. & J.* Paulo aliter reſpondet *Harp. Inſtit. brev. 4* ubi ait: Jus naturale eſſe quidem immutabile, ſed cæteris paribus, ſi ſcilicet eædem maneant cauſæ & circumſtantiæ, quibus illud fundatum, & ob quas conſtitutum fuit. At his cauſis, circumſtantiisque mutatis, & ipſum Jus quodammodo mutari, vel certe declarari, vel temperari, neque amplius per omnia obſervari convenit.

Obj. 4to: Matrimonium eſt Juris naturalis præceptivi, ne humanum genus pereat, atqui hoc eſt mutatum, clericis enim, & Religioſis eſt prohibitum; ergo R. matrimonium eſſe quidem Juris naturalis præceptivi, ita tamen, ut non ſingula generum, id eſt, ſingulos homines in ſpecie, ſed genera ſingulorum, id eſt, Rempublicam in communi obliget: Ratio, quia præceptum naturale non obligat ſingulos, niſi quatenus id neceſſarium eſt ad perfectionem ſingulorum, ſed matrimonium tantum eſt neceſſarium ad conſervationem communitatis; ergo communitatem obligat, non ſingulos, ſicuti v. g. agricultura.

Urget. Antea obligabat ſingula generum; ergo adhuc hodie. *R. neg. conſ.* quia multiplicatis hominibus non ſunt eædem circumſtantiæ & cauſæ, puta, ne genus humanum pereat, qui defectus circumſtantiarum non facit mutari, ſed tantum, ut Jus naturæ ceſſet obligare, ſicut ante obligabat. Facit præ-

prætetea, quod poſitis his circumſtantiis, quibus homines ſatis & abunde multiplicati ſunt, fortior ſit ratio, quæ pro religione & vitæ continentiā militat, quam illa, quæ pro majori hominum multiplicatione facit, ſi vero concurrant duæ rationes naturales, illa vincit aliam, quæ eſt fortior, quæque majori nititur fundamento.

Inſtas Jus naturale præcipit religionem in DEUM, & obligat ſingula genera, ſive quemlibet in ſpecie, ergo etiam matrimonium obligat quemlibet in ſpecie. ℟. *conc. ant neg. conſ.* Diſparitas eſt, quia ratio, propter quam DEUS pie colendus eſt, nunquam ceſſat; ſecus vero ratio, propter quam matrimonium inſtitutum eſt; quia tametſi ego, tu, & Petrus a matrimonio abſtineamus, & Æteonei Juvenis inſtar amandæ continentiæ vigilemus, non tamen eaptopter periclitabitur genus humanum.

Ad Verſ. ea vero.

59 HUcusque determinavimus, qualiter Jus naturale; ſequitur, quomodo Jus civile mutetur. Mutantur autem Jura civilia duplici modo, puta, vel lege poſtea lata, id eſt, expreſſo conſenſu, vel deſuetudine, id eſt, conſenſu tacito. Ratio prioris, quia poſteriora derogant prioribus *l. fin. ff. de conſtit. princ.* Ratio poſterioris, quia conſuetudo fori derogat Juri ſcripto *l. 3. §. fin. ff. de teſt. Mant. hic n. 22. & 23.*

§. Final.

60 OBjectum Juris triplex eſt personæ, res, & actio, omne enim Jus, inquit Imperator, quo utimur, vel ad perſonas, vel ad res, vel ad actiones pertinet. Perſonæ ſunt, quibus, & a quibus Jus redditur. Res, de quibus Jus dicitur. Actiones, per quas Jus redditur. *Perez. Inſtit. hic.* Cum vero parum ſit Jus noſſe, ſi perſonæ, quarum cauſa conſtitutum eſt, ignorentur, ideo prius de perſonis videamus.

TITULUS III.

De Jure Perſonarum.

SUMMARIA.

1. Perſonarum diviſio. 2. Fœmina in uſu Juris eſt homo 3. Hermaphroditus quo revocandus? 4. Definitur libertas. 5. Servitus quid ſit? 6. Servi quo Jure tales fiant.

1 PErſona nihil aliud ſignificat, quam hominem, *arg. tit. ff. de ſtatu homin.* ſumma autem & prima perſonarum diviſio eſt, quod omnes homines, aut ſint liberi, aut ſervi.

Dices: Male dividitur homo primaria diviſione in liberum, & ſervum, deberet enim potius in marem, & fœminam dividi. ℟. ſi naturam ſpectes, ho-

homines debere diſcerni primaria diviſione in marem, & fœminam: non vero, ſi ſtatum perſonarum reſpicias, qui hominem conſiderat primario, vel ut liberum, vel ut ſervum.

2 Q. I. An fœmina in uſu Juris appellatione hominis veniat?

Dixeris, quod non, quia fœmina eſt monſtrum; ergo non continetur appellatione hominis. *l. 14. ff. de ſtatu homin. ant. probatur.* Moſtrum eſt effectus a ſolita, & intenta naturæ operatione degeneraus, ſed talis effectus eſt fœmina, quia natura intentione primaria vult maſculum, tanquam optimum; ergo. Secundo per *l. 38 §. 5. ff. de pœn.* ubi fœmina homini opponitur, his verbis: *Quod ſi eo mulier, aut homo perierit, ſummo ſupplicio afficiuntur.* Ecce! mulier expreſſe homini opponitur, ac ſi homo non eſſet.

Aſt contraria ſententia vera eſt, eamque ſuo aſſenſu dignantur *Hunn. ad Treutl. vol. 1. diſp. 2. q. 5. Franz. Inſt. h. t. n. 11.*

Probatur per apert. *text. l. 152. ff. de V. S.* his verbis: *Hominis appellatione tam fœminam, quam maſculum contineri, non dubitatur.*

Ad *1mum* ℞. *diſt. ant.* Fœmina eſt monſtrum philoſophicum, *tranſ. ant.* Juridicum, *neg. ant. & conſ.* In uſu Juris monſtrum dicitur, quod contra formam humani generis inverſo more procreatur. *d. l. 14.* Deinde monſtrum illud proprie dicitur, quod raro naſcitur, at fœminarum phalangem quis numerabit?

Ad *2dum* ℞. Per hominem ibi intelligi fœtum in utero exiſtentem, ut ſenſus ſit, ſi ex poculo abortionis, vel amatorio mulieri prægnanti dato, vel ipſa mulier prægnans, vel homo, id eſt, fœtus in utero exiſtens, perierit, is, qui poculum dedit, ultimo ſupplicio afficiendus eſt.

Q. II. Quo revocandi ſint hermaphroditi, ſive androgyni ex utroque participantes ſexu? 3

℞. Referendos eſſe ad illum ſexum, qui iisdem prævalet. *L. 10. ff. de ſtat. homin.*

Quod ſi utroque ſexu valeant, jubentur unum eligere, qua electione facta, permutare deinceps non permittitur. *Schambog. Inſtit. hic. Franz. loc. cit. n. 13.*

Dices: Hermaphroditus, qui utroque ſexu valet, non admittitur ad profeſſionem religioſam; ergo neque admittendus ad matrimonium. ℞. *conc. ant. neg. conſ.* quia indecens non videtur matrimonio jungi illum, qui habilis eſt ad perfectam copulam. At immanem ſapit indecentiam, & ſumme videtur periculoſum, fœminarum cœtui immiſceri illum, qui agere virum poteſt, aut virorum cœnobio inſeri illam, quæ pati vim viri poteſt.

§. Et libertas 1.

4 Liberi dicuntur, qui libertate gaudent, quæ definitur, quod ſit *Naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, niſi ſi quid vi, aut jure prohibeatur.* Dicitur primo: *Naturalis facultas,* hoc eſt, poteſtas ex ipſo Jure naturæ permiſſivo deſcendens, & homini competens, quia ſecundum naturam omnes ho-

homines naſcuntur liberi. *pr. Inſtit. de libert.*

Dicitur ſecundo: *Quod cuique facere libet*, ut denotetur, quod ille proprie & vere liber dicatur, qui poteſt facere, quod lubet, & qui habet poteſtatem vivendi, ut velit. *Manz. hic n. 4.*

Dicitur tertio: *Niſi, ſi quid vi*, intellige vim juſtam, v. g. bellum. *arg. §. ſervi 3. h. t.* Vis enim injuſta libertatem non tollit, quia facti libertas vero Juris eſt; ea autem, quæ ſunt facti, non tollunt, quæ ſunt Juris. Unde fluit, quod is, qui in carcerem dejectus, aut a latronibus captus eſt, libertatem non amittat, aut duntaxat libertas quoad actum ſecundum, ſeu exercitium tollatur. *Harp. n. 4. hic, & Manz. n. 5.*

Dixi quarto: *aut Jure prohibeatur.* Sic tametſi liber ſis, non tamen facultatem habes furandi, mœchandi, occidendi, &c. iſta enim de Jure prohibentur fieri; nec quis talia unquam velle præſumitur, quoniam id duntaxat velle dicimur, quod Jure poſſumus. *L. nepos. 125 ff. de V. S.*

§. Servitus 2.

5 SErvi ſunt, qui in ſervitute vivunt, quæ definitur, quod ſit *Conſtitutio Juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam ſubjicitur.*

Dicitur primo: *Conſtitutio Juris gentium*, hoc eſt, quiddam Jure gentium introductum, & conſtitutum, quoniam non poteſt eſſe Jure naturali, cum natura homines omnes liberi naſcantur. *pr. Inſtit. de libert.*

Dicitur ſecundo: *Qua quis dominio alieno*, nemo enim ſibi ipſi ſervire, aut proprius eſſe poteſt. *L. 26. ff. de ſervit. præd. ruſt. Harp. n. 4. & 5. hic.*

Dicitur tertio: *Contra naturam*, id eſt, contra Jus naturale permiſſivum, quo ante introductas ſervitutes omnes naſcebantur liberi. *de pr. de libert. Schambog. hic.*

Differt quoque per iſta verba: *Contra naturam*, patria poteſtas a poteſtate dominica, quoniam per illam liberi parentibus, non contra, ſed ſecundum naturam recte ſubjiciuntur. *Manz. n. 6*

§. Servi autem 3.

6 SErvi non a *ſerviendo*, ſicuti mercenarii pro mercede ſerviunt, ſed a *ſervando* etymologiam trahunt, eo, quod prohibitum, conſtitutumque fuerit, ut ſervi vel venderentur, vel ſibi potius ſervarentur, quam ut crudeliter & inhumaniter trucidarentur.

§. Servi 4.

SErvi vel naſcuntur tales, vel fiunt tales. Naſcuntur ſervi, qui ex ancillis noſtris generantur, & hi proprie vernæ appellantur, eo, quod naſcantur verno tempore, quod tempus anni maxime naturale fœturæ eſt, *l. 36. ff. de legat. 2. Gloſſ. ibidem.* Ratio vero, quare natus ex ancilla ſervus fiat, eſt, quia partus ventrem ſequitur. *L. 7. Cod. de R. V.* Fiunt ſervi vel ex Jure gentium,

tium, vel ex Jure Civili. Ex Jure gentium per captivitatem, juſto namque bello capti ſervi capientium efficiuntur. §. 17. *Inſtit. de rer. diviſ. & acquir. rer. domin.* ex Jure civili per venditionem ſui ipſius, qui ſcilicet pretii participandi cauſa ſe venundari paſſus eſt, de Jure civili efficiebatur ſervus. *Schamb. hic.* quem fuſe hac de materia differentem vide: ego non multum attendenda duxi, quæ non amplius ſunt in uſu, quemadmodum ſervitutes in uſu eſſe deſierunt.

§. Finalis.

Inter ſervos nulla penitus eſt differentia, & una omnium ſervorum eſt conditio, omnes enim eandem ſerviunt ſervitutem. In liberis autem hominibus multum intereſt, utrum ita nati, an vero liberi facti ſint. Priores vocantur ingenui, poſteriores libertini, de quibus in ordine titulo ſequenti.

TITULUS IV.

De Ingenuis.

SUMMARIA.

1. & 2. Ingenuus quis dicatur? 3. Filiusfam. a patre venditus ingenuus manet.

1 Ingenuus ille dicitur, qui ſtatim, ut natus eſt, liber eſt: illud non refert, ut quis dicatur ingenuus, ſive naſcatur ex duobus ingenuis, ſive ex duobus libertinis, ſive ex uno ingenuo, & ex altero libertino. *l. 5. §. 2. ff. de ſtat. homin.* Unde fluit differentia inter ingenuum, & libertinum; nam libertinus liber fit, non naſcitur. *L. 2. C. de ingen. manumiſſ.*

Dices: Si quis in utero exiſtens manumittitur, prout id fieri poteſt, *L. 14. C. de fideicom. libert.* talis ſtatim naſcitur liber, & tamen non eſt ingenuus; ergo &c. Ad hoc, ut quis dicatur ingenuus, requiri, ut ſtatim, quando naſcitur, ſit liber, *ratione ventris*, non vero ratione manumiſſionis, adeoque debet fuiſſe natus ex libera matre. *L. 5. § 2. ff. de ſtat. homin.* Illud autem non refert, quo tempore ex tribus mater libera fuerit. *Schamb. hic.*

Ad Verſ. Sed & quis.

2 Ingenuus etiam dicitur, qui ex matre libera, patre vero ſervo, vel etiam incerto patre (quem vulgo quæſitum dicimus) natus eſt. Ratio: quia quantum attinet ad libertatem, partus ventrem, ſeu matrem ſequitur: ratio rationis, quia extra juſtas nuptias conceptus ventrem ſequitur, conditionem enim patris ſequi non poteſt, hunc enim habere non cenſetur, cum pater is dicatur, quem juſtæ nuptiæ demonſtrant, atqui ut libero cum ancilla, ſic liberæ cum ſervo non conſtat juſtum matrimonium. *L. 1. C. de inceſt. nupt.*

nup. Mant. n. 8. hic. Rationem rationis aliam aſſignat *Schneid. hic n. 3.* quia libertas matris tribus temporibus prodeſt partui, ſcilicet tempore conceptionis, nativitatis, & medio tempore: cum ex adverſo patris libertas uno duntaxat, ſcilicet tempore generationis proſit. Unde ſequitur, ut quis liber naſcatur, ſufficere liberam fuiſſe matrem, vel tempore partus, ſive editionis, vel conceptionis, vel etiam tempore intermedio. Quando enim agitur de commodo partus, tunc, qui in utero eſt, pro nato habetur, *l. 7. ff. de ſtat. homin.* & calamitas matris ei nocere non debet, qui eſt in utero. *text. hic.* Sicut etiam crimen paternum, vel pœna paterna, nullam maculam filio infligere poteſt. *L. crimen. 26. ff. de pæn.* excepto crimine læſæ majeſtatis. *L. quisquis 5. §. 1. C. ad L. Jul. Majeſtat. Schneid. n. 2.*

Ex illo principio, quod calamitas matris ei nocere non debeat, qui eſt in utero, laudabilis ille mos, & uſus fluxiſſe cenſetur, qui ubique in judiciis hodie obſervatur, ut videlicet fœmina prægnans, quæ ultimo ſupplicio damnata eſt, ſervari, & pœna differri debeat, donec pariat, ſicut nec interim quæſtioni ſubjici, nec torturæ imponi poteſt, *l. 3. ff. de pæn.* eademque cauſa eſt, cur mulier prægnans non debeat humari, antequam partus ei excidatur, alioquin ſpes animati cum gravida perempta videretur. *L. 2. ff. de mortuo inferendo. Harp. hic n. 16. Schneid. n. 4.*

§. Cum autem 1.

Quid ſi aliquis natus ſit ingenuus, & per errorem forte in ſervitutem conjectus, deinde poſt aliquod tempus veluti ſervus ex putatitia ſervitute manumiſſus ſit, quæſtionis eſt, utrum hæc manumiſſio ingenuitati officiat, ita ut libertinæ conditionis efficiatur? Ad hoc reſpondet Imperator, non officere ei, in ſervitute fuiſſe, ſed nihilominus ingenuum eſſe. Ratio, quia errore veritas non immutatur. *L. 6. in pr. ff. ad municip.* Ratio alia, quia talis manumiſſio tantum eſt facti, ingenuitas vero eſt Juris, atqui ea, quæ facti ſunt, non impediunt ea, quæ Juris ſunt. *L. 27. §. pactus 2. ff. de pact. 2. ff. Schamb. hic.*

Ex quo illud notandum, quod ſi 3
filiusfam. a patre ob egeſtatem nimiam venditus redimatur, ingenuus maneat. *L. 2. C. de patrib. qui filios diſtrax.* Ratio, quia tali caſu non tam ablata, quam ſuſpenſa potius videtur ingenuitas.

TITU-

TITULUS V.
De Libertinis.
SUMMARIA.

1. *Libertinus quis dicatur?* 2. *Modi manumiſſionis recenſentur.* 3. *Juriſdictio alia voluntaria, alia contentioſa.* 4. *Manumiſſio ubique locorum recte fit.* 5. *Libertini quotuplices ſint?*

1 Libertini ſunt, qui ex juſta, id eſt, vera, & legitima ſervitute manumiſſi ſunt. *Text hic*

Dices: Quidam ad libertatem perveniunt, & fiunt libertini abſque manumiſſione, v. g. ſervus venditus, ut intra certum tempus manumittatur. *L. 1. l. 3. l. 4. ff. qui ſine manumiſſ. ad libert. perven.* Item derelictus ob gravem infirmitatem, *L. 2. d. t.* Et qui detexit necem domini; *l. 5. eod* ergo definitio data non ſubſiſtit. ℞. *1mo* quod Imperator ad initium libertinitatis reſpexerit, quæ univerſaliter primo ex manumiſſione proceſſit. *Manz. n. 3.* ℞. *2do.* fiunt libertini abſque manumiſſione hominis reali, *conc.* abſque manumiſſione legis interpretativa, *neg. Schamb. hic*

Manumiſſio eſt de manu datio, ſeu de poteſtate dominica liberatio, manus enim pro poteſtate accipitur. *hic, & l. 4. ff. de J. & J.*

Iſta autem manumiſſio non ex Jure naturæ, ſed ex Jure gentium eſt: Ratio, quia Jure naturali omnes liberi naſcebantur; deinde privatio præſupponit habitum, manumiſſio ſervitutem, ſed de Jure naturæ ſervitus erat incognita; ergo nec nota erat manumiſſio. Quare autem manumiſſio Juris gentium eſſe dicatur, ratio eſt; quia, cujus Juris eſt actus, ejuſdem eſt diſtractus. *L. 35. ff. de R. J.*

§. Multis 1.

2 ENumerantur hic aliqui modi manumittendi, quos inter *primus* erat, qui publice in Eccleſia fiebat, ubi domini ſervis ſuis, coram Antiſtite, & plebis aſpectu, libertatem præſtabant. Et hujuſmodi exemplum adhuc videre eſt Aureliis in Gallia ad dextram introitus Eccleſiæ Cathedralis *à Sainte Croix*, ſive ad ſanctam Crucem dictæ, ubi olim ſervos libertate donare conſuetum fuerat. *Manz. n. 2.*

Secundus modus manumittendi ſervos fiebat publice apud Magiſtratum *per vindictam*, hoc modo Dominus duxit ſervum ad Prætorem, & lictor Prætoris virgula, quam ei præferebat, præmiſſis ſolemnibus verbis, ſervum tangebat, dominus deinde ter illa virga percutiebat manumittendum, & ter dicebat: *Ajo te eſſe liberum*, poſtea ipſum in gyrum rotavit, & ſic circumactum dimittebat. *Schneid. hic, & Manz. n. 4.*

Tertius modus manumittendi fiebat per teſtamentum, cum quis ſervum ſuum in teſtamento liberum eſſe juſſiſſet, vel quavis alia ultima voluntate, puta, per codicillos, legatum, fideicommiſſum, &c. quod enim alicui permiſſum eſt inter vivos, multo magis permittendum eſt in ultimis voluntatibus. *Manz. n. 10.*

Quartus modus manumittendi fiebat extra judicium inter amicos, quo in caſu neceſſarii erant quinque teſtes, & interpoſitio ſcripturæ. *L. un. §. 2. C. de lat. libert. toll.*

Quintus modus fiebat per epiſtolam, quando videlicet dominus ſervo abſenti, & in aliis locis degenti litteris permittebat, ut liber viveret. Talis autem epiſtola quinque teſtibus debuit eſſe ſubſcripta. *d. l. un. §. 1. Schneid. loc. cit.*

§. Servi vero.

3 PRo pleniori hujus paragraphi intellectu notandum, quod actus alius dicatur Jurisdictionis *voluntariæ*, alius *contentioſæ*. Jurisdictio *voluntaria* eſt, quæ exercetur tunc, quando partes ita ad judicium veniunt, ut utraque pars, & omnes, quorum intereſt, conſentiant, nec una pars alterius contradictione impediatur. Ejusmodi actus ſunt manumiſſio, emancipatio, arrogatio, inſinuatio donationis, teſtamenti factio apud acta judicis, &c. Vides proinde, quod voluntaria jurisdictio non ex parte Magiſtratus, qui officium ſuum petenti impertiri ſemper debet, ac neceſſe habet, ſed ex parte illius, qui adit Magiſtratum. *Harp. hic n. 3.*

Jurisdictio *contentioſa* tunc exercetur, quando partes ita ad judicium veniunt, ut inter ſe contendant, & una alteri contradicat, ac easpropter, quæ non in volentem, ſed in invitum, contendentem, & reluctantem exercetur. *L. 13. §. 1. ff. de V. O. Manz. n. 4.* Porro ſicut voluntaria, & contentioſa Jurisdictio: ita de plano, & pro tribunali cognoſcere, differunt. De plano cognoſcit Magiſtratus, qui non niſi voluntariam, *l. 9. §. de plano 3. ff. de off. proconſ.* Pro tribunali vero, qui contentioſam Jurisdictionem exercet. *l. 13. §. 10 ff. de excuſat. tut. Harp. n. 5. hic.* His prælibatis

Quæritur, ubi, & quando manumiſſio fieri poſſit? Et reſpondet Imperator, quod manumiſſio fieri poſſit quolibet tempore, & loco honeſto, non tantum tunc, cum Præſes, vel Prætor pro tribunali ſedet, ſed etiam, quando Prætor, aut Præſes in balneum, vel theatrum procedit. Illud etiam non refert, manumiſſio fiat die feriato, vel non feriato. Ratio horum eſt, quia actus Jurisdictionis voluntariæ ubique, & omni tempore expediri poſſunt. *L. 2. ff. de off. proconſ.* ſed manumiſſio eſt actus voluntariæ Jurisdictionis. Nam actus judicialis die feriato exerceri nequit, *L. dies feſtos. 11. C. de feriis*; & non niſi in loco judicii, juxta regulam: Quæ cauſæ cognitionem deſiderant, expediri non poſſunt, niſi Judice pro tribunali ſedente. *Manz. n. 6.* ergo, &c. vide etiam *Schneid. hic.* 4

§. Fi-

§. Finalis.

5 Quæritur in hoc Paragrapho, quotuplices ſint libertini? Reſpondetur in textu, olim triplices fuiſſe; alii erant cives Romani, alii Latini, ſeu Juniani, alii dedititii.

Cives Romani erant, qui aut teſtamento, aut in Eccleſia, aut ante Conſulem, adeoque uno ex modis ſolennibus, erant manumiſſi. Et iſti Jus civitatis conſequebantur, poterantque de rebus ſuis non tantum inter vivos, ſed etiam per ultimam voluntatem diſponere. Latini dicebantur, qui aut per epiſtolam, aut inter amicos, adeoque modo minus ſolenni manumittebantur. Iſti erant deterioris conditionis, quam cives Romani, vivebant enim ut liberi, moriebantur ut ſervi, nam eorum bona a manumiſſoribus poſt mortem eorum, licet liberos habuiſſent, occupabantur, non quidem Jure hæreditatis, quoniam nulla eſt ſervi hæreditas, ſed Jure peculii, idque ex lege Junia, unde etiam Juniani appellabantur. Sic ergo neque teſtamenta condere, nec ſibi in aliorum teſtamentis relictum poterant ullatenus vindicare. *L. 1. C. de Latin. libert. tollend. Mant. n. 24. bis.* Dedititii vocabantur peregrini quidam populi, qui, cum ſe in Romanorum fidem dediſſent, & aliquamdiu vectigal ſolviſſent, poſtea rebelles facti ſunt, & a Romanis deſciverunt, & arma contra Romanos ſumpſerunt. At Romani collectis viribus eos impugnabant, qui cum fortitudine Romanorum ſe inferiores fuerunt experti, abjectis armis ſe dediderunt. Romani autem eos hac ratione ſuperatos adeo humane tractarunt, ut vitam illorum ſervarent, ſed infamiæ nota aſperſere, ita ut in veram libertatem, Romanæque civitatis Jura pervenire nunquam poſſent, & quia ſe dediſſent, dedititii vocarentur. *Mant. n. 6.*

Dixi ſupra *olim* triplices fuiſſe libertinos, hæc autem a Juſtiniano Imperatore immutata ſunt, ſtatutumque eſt, ut omnes libertini ſint unius modi, id eſt, peræque cives Romani, ſublatis Latinis, & Dedititiis. *L. un. C. d. t.* Quin imo ex noviſſima Juſtiniani conſtitutione omnimodis ſublata libertinorum conditio videtur; omnes quippe manumiſſi fiunt ingenui, nulli libertini, ſalvo tamen manumiſſoris patronatus Jure. *Nov. 87.*

TITULUS VI.

Quibus ex cauſis manumittere non liceat.

SUMMARIA.

1. *Manumittere quis poſſit?* 2. *Debitor in fraudem Creditorum non poteſt manumittere.* 3. *Imo manumiſſio eſt nulla.* 4. *Fraus quid ſit?* 5. *Et quotuplex?* 6. *Utraque requiritur, ut manumiſſio nulla ſit.* 7. *Minor 25. annis procurator eſſe poteſt.* 8. *Solvuntur objectiones.*

1 Viſo, quid ſit manumiſſio, quomodo, ubi, & quando fiat, quæritur, quis poſſit manumittere? Ad quod reſpondetur, quod regulariter quilibet dominus habens liberam ſuarum rerum adminiſtrationem, manumittere poſſit. Quilibet enim eſt rei ſuæ moderator & arbiter. *l. 21. C. mandati.* & nemo prohibetur uti Jure ſuo, vel aliis benefacere. *Schamb. hic.*

2 A regula data duæ ponuntur hoc titulo exceptiones. Prima eſt, qua prohibetur debitor, qui non eſt ſolvendo, in fraudem creditorum manumittere ſervos, hoc ſcilicet animo, ut creditores defraudet. *text. hic & L. in fraudem 10. ff. qui, & a quib. manumiſſ. &c.* licet enim libertas magnum favorem mereatur, adeo tamen extendendus non eſt, ut in creditorum redundet detrimentum, præcipue quoniam favorabilior eſt cauſa creditorum, utpote, qui de damno vitando certant, quam ſervorum, qui de lucro captando militant. *Manz. hic n. 4.*

Dubitatur, utrum manumiſſio ipſo Jure non valeat, an veniat reſcindenda?

Dubitandi ratio eſt prima, quia reliqua, quæ in fraudem creditorum alienata ſunt, ſtricto quidem Jure valent, actione tamen Pauliana revocantur. *§. 6. Inſtit. de act.* ergo etiam manumiſſio ipſo Jure valebit. Secunda, quia in *l. 1. C. qui manumitt. non poſſ.* dicitur libertatem in fraudem creditorum datam revocari, & in *l. 5. § 2. verſ. libertas ff. d. t.* libertatem reſcindi; ſed quod ipſo Jure nullum eſt, non dicitur reſcindi, quia privatio ſupponit habitum, & non entis nullæ ſunt qualitates, ergo &c.

3 Verum hoc nihil remorante, reſpondet Imperator: *Is, qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit*, hoc eſt, manumiſſio nullius momenti, ipſoque Jure nulla eſt. *L. 28 ff. qui, & a quib. manumiſſi non ſunt liberi.* Ratio eſt in textu, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem, quod autem contra legem fit, ipſo Jure nullum eſt. *L. 5. C. de LL.*

Ad primam rationem dubitandi *R. 1mo conc. ant. neg. conſ.* Differentiæ ratio eſt, quia debitor nulla lege ſpecialiter prohibetur res ſuas alienare, ac proinde tanquam quilibet alius rei ſuæ moderator, & arbiter relinquitur. Quamvis interim non negetur illas res in fraudem creditorum alienatas, Pauliana actione revocari poſſe. *d. §. 6. Inſt. de Act.* At vero lex Ælia Sentia vetat nominatim, & diſerte, ne debitor in fraudem creditorum ſervis ſuis libertatem conferat. *L. 5 C. de leg. Harp. hic n. 7. R. 2do:* quod ideo libertatis datio in fraudem facta ipſo Jure nulla ſit; quia durum valde foret, libertatem, utpote rem inæſtimabilem, quæ ſemel compererat, ſine facto revocari. *Schamb. hic.*

Ad ſecundam reſpondetur, quod *Reſcindere, revocare, &c.* ſæpe in Jure noſtro denotent ipſo Jure nullitatem. *L. 1. §. 1. in fine ff. de ſervis.* Deinde reſcindi libertas dicitur, non eo ſenſu, ac ſi ſemel ſubſtitiſſet, ſed eo, quod de facto reſcindatur. *Harp. n. 5. hic.*

§. Li-

§. Licet 1.

QUamvis obæratus debitor in fraudem creditorum ſervos ſuos, & ne quidem unicum manumittere queat, nihilominus tamen lex Ælia Sentia concedit debitori obærato unum ex ſervis, etiam in fraudem creditorum hæredem inſtituere: ratio eſt in textu, quia valde proſpiciendum erat, ut egentes homines, quibus alius hæres exiturus non eſſet, ſaltem ſervum ſuum neceſſarium hæredem haberent, qui ſatisfacturus eſſet creditoribus, aut eo hoc non faciente creditores res hæreditarias ſervi nomine vendant; ne injuria defunctus afficiatur; quam ignominioſum enim veteres duxerint, ſi bona defuncti ſub voce præconis veneant, *Cicero in orat. pro Publ. Quint.* demonſtrat. *Hercle*, inquit, *cujus bona ex edicto poſſidentur, hujus omnis fama & exiſtimatio cum bonis ſimul poſſidetur*, & *Schneid n. 8.*

Et hoc ſane creditoribus non eſt detrimentoſum, ſed aliquando utile. Ratio, quia ſi nemo adiiſſet hæreditatem, ipſi ultra defuncti hæreditatem nihil conſequi potuiſſent. Hoc autem caſu ipſum præterea ſervum habent obligatum, ita ut ſucceſſu temporis conveniri, & debitum defuncti ab eo exigi poſſit, ſi is ad meliorem fortunam devenerit. *§. ult. Inſt. de act. Manz. n. 6.*

Porro ut ſervi hæredis inſtitutio in fraudem creditorum facta ſubſiſtat, requiritur, ut unus duntaxat ſervus inſtituatur. Ratio prima, ut eo minus ex bonis decedat. Secunda, quia, quod poteſt fieri paucioribus, non debet fieri pluribus, *arg. l. 1. ff. quod met. cauſ.* atqui per inſtitutionem unius ſervi ignominia defuncti poteſt evitari; ergo. *Manz. n. 7.* Deinde requiritur, ut nullus ex eo teſtamento hæres extiterit, ſecus enim ſervi hæredis inſtitutio, utpote non valida, non ſubſiſteret, quia ceſſaret ratio legis, propter quam inſtitutio valet, videlicet ignominia defuncti. *Manz. loc. cit. n. 13.*

§. Idemque 2.

NIhil autem refert, an teſtator dixerit, ſervus Titius v. g. *Liber*, *& hæres*, vel ſimpliciter: *Hæres eſto.* Ratio eſt, quia uno conceſſo, videtur id omne conceſſum, ſine quo illud haberi non poteſt. *L. 2. ff. de Juriſdict.* atqui ſine libertate hæres nemo eſſe poteſt, ergo conceſſa hæreditate videtur etiam tacite conceſſa libertas: vel aliter, qui vult conſequens, debet etiam velle omne neceſſarium antecedens, quale neceſſarium eſt libertas, ut hæres exiſtere poſſit. *Manz. n. 3.*

Quæres, quid Juris, ſi dicat teſtator: Sit hæres, & non liber? Reſpondetur, inſtitutum & liberum, & hæredem futurum. Ratio, quia in neceſſario junctis inſpicitur principalis voluntas, quæ hic eſt, velle eſſe hæredem: non ſecundaria, quæ hic eſt, nolo eſſe liberum. Unde cum præſumatur talis teſtator, voluiſſe efficaciter, ut inſtitutus ſit hæres, non potuit non velle, eum etiam eſſe liberum, ut expreſſio voluntatis contrariæ non curetur. Dixi: *Cum præſumatur*, quia

quia in dubio præſumendum non eſt teſtatorem voluiſſe ludere. §. *impoſſibili. Inſt. de hæred. Inſt. Schamb. hic.*

§. In fraudem 3.

IN fraudem creditorum manumittere cenſetur is, qui tempore, quo manumiſſio fit, jam ſolvendo non eſt (non ſolvendo autem eſſe dicitur, qui non poteſt ſolidum ſolvere, vel ex propria, vel ex fidejuſſoris ſubſtantia. *arg. l. 27. §. 2. ff. de fidejuſſ.*) vel qui per, ſive propter manumiſſionem deſinit eſſe ſolvendo. *text. hic.*

Ut autem manumiſſio in fraudem creditorum facta non ſubſiſtat, & libertas impediatur, animus fraudandi requiritur. Ubi

4 *Obſerva*, quod fraus ſit *fraudulenta machinatio ad alterum circumveniendum*
5 *adhibita. l. 1. ff. de dolo malo*, quæ duplex: alia *Conſilii*, ſive intentionis, ſive (ut alii loquuntur) ex propoſito, dum quis intendit alterum defraudare. Alia, *Eventus*, ſeu rei, dum
6 quis a parte rei defraudat, & eſt non ſolvendo, citra animum doloſum Jam ut manumiſſio impediatur, requiritur utraque fraus, conſilii, & eventus. Et quidem fraus eventus requiritur, quia non obſtat conatus ſolus. *l. 1. ff. quod quisque Juris, &c.* nec creditores habent, quod conquerantur. Fraus conſilii requiritur, quia fraus non eſt ſine machinatione, & crimen contrahitur, ſi voluntas nocendi intercedat. *L. 1. C. ad L. Cornel. de ſicar.* Nam: Actibus in cunctis dominatur ſola voluntas Accedit, quod ſæpe de facultatibus ſuis amplius, quam in iis eſt, ſperent homines. *text hic.* ut proinde bona fide dimittant ſervos, putantes, ſe ſatis adhuc habere, quo debita expungant. *Mant. n. 4.*

Illud adhuc circa hunc Paragraphum notandum, quod in alia cauſa lucrativa ad revocationem ſufficiat creditores fraudari eventu, etiam absque conſilio. *l. 5. C quæ in fraud. credit.* Ratio differentiæ eſt in ſolo favore libertatis poſita, cum hoc in libertate ſpeciale ſit, ut ejus donatio non revocetur, niſi fraus conſilii & eventus concurrat. *Mant. n. 7.*

Item ſola fraus eventus ſufficit ad libertatem impediendam, ſi hæc in teſtamento relicta ſit. *L. fin. C. qui. manum. non poſſ.*

§. Eadem 4.

MInori viginti annis ex lege Ælia Sentia non aliter, quam vindicta, & juſta manumiſſionis cauſa, apud conſilium (ad quod Romæ quinque Senatores, totidemque Equites, in provincia vero viginti recuperatores, id eſt, judices dati, cives Romani adhibeantur) approbata manumittere permittitur. *Schamb. hic.*

§. Ju-

§. Juſtæ 5.

Minor manumittere non poteſt, niſi ex juſta cauſa, uti Paragrapho præcedenti dictum.

Quæritur modo, quæ ſint juſtæ cauſæ? Reſpondetur varias eſſe. Prima eſt, ſi quis velit manumittere patrem, aut matrem. Ratio eſt, quia inconveniens eſt, ut parentes ſint in poteſtate liberorum ſuorum, & ut filii ſint caſtigatores parentum, ſic enim naturæ ordo inverteretur. *Mant. n. 3. hic.* Contingere autem poteſt, ut homo liber ſuos parentes habeat in poteſtate, utpote ſervos, v. g ſi ambo pater & filius fuere in unius & ejuſdem dominio, & filius a domino moriente hæres inſtitutus eſt, hoc enim caſu filius dominium ſervorum acquirit *Mant. hic n. 9.*

Reliquas, ut tempori parcatur, enumerare, & inutile foret, & ſupervacaneum, cum in textu habeantur, quem lege, & *Mant.* interpretem adhibe. Cæterum inter reliquas cauſas & hæc enumeratur, ſi ſervum manumittere velit *procuratoris* habendi gratia.

Ubi *obſerva*, quod *Procurator* is dicatur, *qui mandato domini aliena negotia adminiſtrat.* Hic eſt vel *judicialis*, ſeu ad lites, qui judicialia, vel *extrajudicialis*, ſeu ad negotia, qui extrajudicialia adminiſtrat.

Controverſia hic conſurgit: an minor viginti quinque annis poſſit eſſe procurator judicialis?

Miram in modum intricata, & in utramque partem agitata eſt hæc quæſtio, in qua, ut clara ab obſcuris ſecernantur,

7 ℞. *1mo:* De Jure Canonico extra dubitationis aleam poſitum eſſe, minorem viginti quinque annis procuratorem ad lites conſtitui non poſſe. Ita *P. Engl ad Decret. tit. de procurator. n. 8. König ad Jus Canon. de Procurator. n. 17. Pirrhing, ad Jus Canon. eod. tit. n. 11.*

Probatur per *diſert. text. cap. 5. de Procurat. in 6.* his verbis: *Licet autem quis poſt decimum ſeptimum annum procurator ad negotia licite deputetur, ad judicia tamen, niſi major viginti quinque annorum fuerit, deputari nequibit.*

℞. *2do:* De Jure Civili veriorem eſſe ſententiam, quæ ſuſtinet, eum, qui decimum ſeptimum annum complevit, idoneum procuratorem eſſe ad lites. Huic ſententiæ applaudunt *Zoeſ. ff. de procur. n. 11. Hunn. var. reſolut. l. 1. tract. 1. quæſt. 12. Harp. Inſtit. de iis, per quos agere poſſum. §. 1. n. 123. Schamb. Inſtit. h. t. §. 5. verſ. quæſt. Cujac. l. 12. obſ. c. 6. Aruma. diſp. 1. th. 30. Perez. ad C. de procur. n. 9.*

Diſſent. *Glettle Select. quæſt. part. 1. q. 18. Bachov. ad Treutl. vol. 1. diſp. 8. th. 1. Lit. E. Vant. de nullit. tit. 11. n. 133. Sichard. in l. 11. C. de procurat. n. 19.*

Prior ſententia, quæ mihi magis arridet,

Probatur *1mo*: ex noſtro §. 5. *hic*, ubi diſerte dicitur, quod ſervus procuratoris habendi gratia manumitti poſſit, dummodo non ſit ſeptemdecim annis minor.

Dices: Textum intelligendum eſſe de procuratore ad negotia, ſive extrajudiciali. Sed contra eſt *1mo*, quod *in d. §. 5.* agatur de ſervo manumit-

 ten-

tendo ad hoc, ut procurator fiat, atqui ad negotia extrajudicialia non eſt opus, ut procurator manumittatur, cum ſervus etiam poſſit eſſe procurator extrajudicialis. *L. 7. §. 1. ff. de Inſt. act.* Contra eſt 2do: quod ad hoc, ut ſervus procuratoris habendi gratia manumitti poſſit, requiratur, ut non ſit ſeptemdecim annis minor; atqui ad extrajudicialem procuratorem non requiritur, ut ſit major ſeptemdecim annis, ſed puer etiam talis procurator eſſe poteſt; *l. 7 §. 2. ff. de Inſt. act.* ergo § 5. non eſt intelligendus de procuratore extrajudiciali, ſed de judiciali.

Probatur 2do hoc valido argumento. In illis caſibus, & cauſis minores poſſunt eſſe idonei procuratores, in quibus non gaudent beneficio reſtitutionis in integrum. *Arg. L. 51. ff de procurat.* Sed minor in caſu, quo procurator judicialis conſtituitur, non gaudet beneficio reſtitutionis in integrum; *l 23. ff. de minor.* in verbis: *Nam etſi alius mandaſſet, non ei ſuccurretur.* Ergo minor viginti quinque, major tamen ſeptendecim annis, poterit eſſe procurator ad lites.

Probatur 3tio · ex *l. 1. §. 2. ff. de poſtulando.* Ubi aſſeritur, quod is, qui ſeptemdecim annos complevit, poſtulare poſſit, ergo multo magis poterit eſſe procurator in judicio, advocati enim officium longe gravius eſt, quam procuratoris, prout exinde patet, quod infames poſſint eſſe procuratores, non vero advocati. *d. l. 1. § 5.*

8 *Obj. 1mo:* Minor 25. annis non poteſt eſſe in judicio defenſor, *l 51. ff. de procurat.* ergo neque procurator *Conſ.* probat *Gletle loc. cit.* hoc modo. Ideo prohibetur eſſe defenſor, quia reſtitutione in integrum impetrata, judicium redderetur eluſorium, ſed redderetur quoque non raro eluſorium, ſi poſſet eſſe procurator, quia principali ad ſolvendum indoneo, reſtitueretur in integrum; *L. 23 ff. de minor.* ergo, &c.

R. Conc. ant. neg. conſ & paritatem. Diſparitas eſt: quod defenſor is dicatur, qui ſua ſponte ſine mandato reum judicio defendit. Procurator vero ille ſit, qui ex mandato domini lites gerit. Non mirum proinde, quod minor 25. annis defenſor eſſe nequeat, poſſit tamen eſſe procurator; in caſu enim, quo defenſorem agit, ſi ſententiam defenſo præjudicioſam tuliſſet, reſtitutionem in integrum petere poteſt, atque taliter judicium reddetur eluſorium. Secus eſt in caſu, quo procuratorem agit, ubi licet ſententiam ſuo principali nocivam tuliſſet, & ſic ipſe principalis propter minorem ætatem ſui procuratoris læſus eſſet, reſtitui tamen minorem principalis incaſſum peteret; quoniam ipſe ſuæ debet imputare facilitati, quod procuratorem non magis idoneum conſtituerit; damnum proinde, quod ſentit, ſentire non videtur. *arg. l. 203. ff. de R. I.*

Obj. 2do: L. 1. & 2. C. qui legitim. perſ. ſtand &c. Ubi dicitur, quod minor viginti quinque annis non habeat legitimam perſonam ſtandi in judicio, ergo non poterit eſſe procurator. *R. diſt. ant* Non habet legitimam perſonam ſtandi in judicio in cauſa propria, ſive nomine proprio, *conc.*

conc. ant. Nomine alieno, *neg. ant. & conſ.* Ratio differentiæ eſt, quod in priori caſu, quo nomine proprio ageret, ſi læderetur, gauderet beneficio reſtitutionis in integrum. Secus in poſteriori, ubi minor nullum damnum, nullam læſionem patitur, ſiqua enim principali læſio emergat, debet ſibi imputare, quod talem dederit procuratorem, quem ætate minorem, conſilio infirmum, & judicio fragilem novit, vel noſſe debuit.

Obj. 3tio: Qui nondum complevit legitimam ætatem, procurator in judicio non poteſt exiſtere; *L. 12. C. de procurat.* ſed legitima, ſeu perfecta ætas compleri dicitur viginti quinque annorum curriculis. *l. fin. C. de his, qui ven. ætat. impet.* in verbis: *Perfectæ ætatis illam ætatem eſſe volumus, quæ viginti quinque annorum curriculis complentur.* Ergo, &c.

℟. Quod legitima ætas pro ſubjecta materia varie accipiatur, ita ut aliquando quatuordecim annos ſignificet, quemadmodum hæc ætas legitima eſt ad matrimonium contrahendum, ad teſtamentum condendum, &c. Subinde legitima ætas etiam ſeptem annos completur, prout in ſponſalibus pangendis iſta ætas deſideratur. Quandoque legitima ætas triginta anoorum, ut in Epiſcopo. Licet proinde viginti quinque annorum ætas legitima ſit ad aliquos effectus, non tamen ſequitur ad omnes tantam ætatem deſiderari.

§. Cauſa 6.

CAſus: Minor viginti annis manumiſit ſervum, aſſerens, & probans eum fuiſſe alumnum, v. g. qui tamen non fuit, hinc, ſi hoc poſtea pateat, quæritur, an manumiſſio retractaretur?

℟. Manumiſſionem non retractari ob favorem libertatis, maxime, cum id in ſolius manumittentis, non etiam tertii ullius præjudicium vergat.

§. Cum ergo. Fin.

DIctum ſupra, quod viginti annis minor ſervum manumittere non poſſit, & quidem propter conſtitutionem legis Æliæ Sentiæ. Verum Imperator huic legi derogavit, ſic enim ſecum argumentabatur: Is, qui quatuordecim annos complevit, poteſt teſtamentum facere, & de rebus omnibus diſponere; *l. 5. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* ergo etiam debet poſſe dare libertatem in teſtamento; cui enim licet, quod plus eſt, debet etiam licere, quod minus eſt, *cap. cui licet. 53. de R. I. in 6.*

Contrariabatur vero ratio, quod reliquæ res ſint pretio æſtimabiles, ſola vero libertas ſit inæſtimabilis. *L. 176. §. infinita ff. de R. I.* Hinc, cum pro utraque parte eſſent rationes, Imperator medium elegit, & ut major ſeptemdecim annis teſtamento libertatem dare poſſet, ſtatuit: ratio eſt in textu, quia qui adeo ſapit, ut pro aliis poſtulare, advocare, & ſuo patrocinio alium juvare poſſit, is haud dubie ſibi quoque recte conſulet: atqui is, qui decimum ſeptimum annum complevit, pro aliis in judicio ſtare, & poſtu-

ſtulare poteſt; *L. 1. §. 3. ff. de poſtul.* ergo, &c. Jure novell. autem etiam quattuordecim annos habenti permittitur teſtamento dare libertatem. *Nov. 119. cap. 2.* Eſto enim libertas res ſit inæſtimabilis, id tamen reſpectu ſervi eſt intelligendum, cui multum per eam accedit, domino autem nihil, vel modicum decedit; nam ex *l. 3. C. Comm. de legat.* conſtat, quod ſervi, & ancillæ majores decem annis, ſi ſine arte ſint, viginti ſolidis æſtimentur, minores vero decem annis, decem ſolidis. Si autem artifices ſint, usque ad triginta ſolidos eorum æſtimatio procedat, ſive maſculi, ſive fœminæ ſint. Exceptis Notariis & Medicis utriusque ſexus. Notarios enim quinquaginta ſolidis æſtimari, Medicos autem & obſtetrices ſexaginta voluit Imperator Juſtinianus. *L. 1. §. 5. C. de comm. ſerv. manumiſſ.*

TITULUS VII.
De Lege Fuſia Caninia tollenda.

SUMMARIA.

1. Lex Fuſia Caninia quid ſanxerit? 2. Argumentum a contractibus ad ultimas voluntates quando procedat?

1 Ex lege Fuſia Caninia obtinebat, ut certus numerus manumittendorum ſervorum in ultimis voluntatibus ſervaretur, & ita fuit reſtricta libertas manumittendi in teſtamento: Etenim ſi quis habuerit duos ſervos, ambos manumittere poterat in teſtamento: ſi plures habuerit, dimidiam eorum partem usque ad decem licebat manumittere: ſi ultra decem habuerit, tunc usque ad triginta partem tertiam: a triginta usque ad centum quartam partem: a centum usque ad 500. partem quintam poterat manumittere, plures autem quam centum non licebat manumittere. Ratio, ne libertis & ſordidis hominibus repleretur civitas. Verum Juſtinianus hanc legem tum libertatis, tum ultimæ voluntatis favore abrogavit, ex ratione, quod, quidquid alicui conceditur inter vivos, multo magis id in ultimis voluntatibus concedendum ſit, cum liberum eſſe debeat id, quod non amplius redit, arbitrium, *L. 1. C. de SS. Schamb. hic.*

2 Ex hoc paragrapho DD notant, argumentum a contractibus ad ultimas voluntates valere, quod eſt verum affirmative, tanquam a minori ad majus, veluti hoc licet in contractibus; ergo etiam in teſtamentis, non autem negative, ſicut nec argumentum a minori ad majus negative valet. *Schneid. hic n. 6.*

TITU-

TITULUS VIII.

De his, qui ſui, vel alieni Juris ſunt.

SUMMARIA.

1. Sui Juris quis dicatur? 2. Jus aſyli. 3. Quo Jure competat? 4. Eccleſia conſecrata an gaudeant Jure aſyli? 5. An polluta? 6. Quomodo polluantur? 7 An per actum conjugalem? 8. Quibus competat Jus aſyli? 9. Quibus non competat? 10. Fugiens ad Sacerdotem S. Euchariſtiam portantem an Jure aſyli gaudeat?

1 EXpoſita prima perſonarum diviſione, qua omes homines, vel ſunt liberi, vel ſervi, ſequitur nunc altera, qua hominum alii perhibentur *ſui Juris*, alii *Juris alieni*. Alieni Juris ſunt, qui dominica, vel patria poteſtate continentur. Sui contra Juris ſunt, qui in neutra poteſtate exiſtunt. Agit autem Imperator primo de iis perſonis, quæ ſunt alieni Juris: ratio eſt in textu, nam ſi cognoverimus, quæ iſtæ perſonæ ſint, ſimul intelligemus, quæ ſui Juris ſint, quia contrariorum eadem eſt notitia, & eorum uno cognito, cognoſcitur & alterum. *Mont. hic.*

§. In poteſtate 1.

EXplicat hic Imperator, qui ſint in poteſtate dominica, aitque, quod ſervi. Et hæc poteſtas eſt Juris gentium, conſtat enim eam apud omnes gentes peræque receptam fuiſſe. Effectus hujus poteſtatis duplex erat. *Primus*, ut ſervus nihil proprii haberet, ſed quidquid acquireret, hoc omne domino acquireret, non ſolum ſcienti, & ratihabenti, ſed etiam ignoranti, & invito §. 3. *Inſt. per quas perſ. Secundus*, ut domini in ſervos Jus vitæ & necis haberent, adeoque impune eos occidere liceret, quod ea ratione niti videbatur, quia quilibet eſt ſuarum rerum moderator, & arbiter. *Text. hic.*

§. Sed hoc 2.

LIcet olim domini in ſervos habuerint Jus vitæ, & necis, hæc tamen poteſtas ex conſtitutione Pii Antonini reſtricta, ſancitumque eſt, ut non liceat ſervum ſine juſta cauſa legibus cognita occidi, ſub pœna homicidii, & legis Corneliæ, & ne quidem in eum intolerabiliter ſævire. Ratio, quia lex: *Non occides*, eſt Juris naturalis, cujus ipſi quoque ſervi ſunt capaces. Deinde Reipublicæ intereſt, locupletes habere cives, & ſubditos. Porro occaſione hujus Paragraphi aliquid lubet de Jure aſyli diſcurrere, 2 quod nihil eſt aliud, quam *privilegium, quo gaudent Eccleſiæ, ut confugientes ad illas, velut ad aſylum, per vim extrahi non poſſint. Pirrhing. de immunit. Eccleſ. ſect. 2. §. 1.*

Q. I. Quo Jure competat Jus aſyli? 3

Mul-

Multum refert ſcire, num Jure naturali, num Divino, num humano poſitivo Jus aſyli competat: nam ſi Jure naturali, aut Divino competere dicas, & affirmes, neceſſe eſt, talem immunitatem Jure poſitivo humano per conſuetudinem, aut legem contrariam tolli non poſſe. Reſpondeo, communiter obtinere, Jus aſyli neque Jure naturali, neque Divino, ſed humano tantum Canonico, & Civili introductum eſſe. Ratio, quia ſeclusâ prohibitione non intrinſece malum eſt, reos ex templis extrahere, ſi fiat hoc cum debita reverentia. Quod intrinſece malum non ſit, patet ex eo, quia ſunt caſus excepti, quibus licet reos extrahere ex templis, qui caſus excipi non poſſent, ſi intrinſece malum foret, ex templis extrahere reos; nam quod intrinſece malum eſt, tale eſſe deſinere non poteſt, niſi eſſentias rerum mutari poſſe exiſtimes. Verum ergo manet, Jure naturali Jus aſyli non competere. Neque etiam competit Jure Divino; nam licet hoc Jus præcipiat, DEUM colendum, & locis ſacris reverentiam exhibendam eſſe, non tamen inde recte ad immunitatem reis præſtandam infertur, cum econtra etiam crimina coërcenda eſſe, Jure naturali, & Divino ſtatutum ſit. Deinde oſtendi non poteſt Jus aſyli in ſacra Scriptura Eccleſiis datum eſſe, aut ab Apoſtolis traditum. *Zoëſ. de immunit. Eccleſ. n. 6. Engl. eod. tit. n. 7. Gonzalez. in c. 4. n. 8 eod.*

4 Q. II. Utrum omnes omnino Eccleſiæ, etiam needum conſecratæ, pollutæ, vel interdictæ hoc Jus immunitatis habeant?

Quod attinet ad Eccleſias needum conſecratas, in quibus tamen cum licentia Epiſcopi Miſſæ celebrantur, textus expreſſus habetur *in c. 9. h. t.* quod immunitate gaudeant. De aliis vero Eccleſiis non conſecratis, in quibus nullæ adhuc miſſæ lectæ ſunt, textus quidem expreſſus non habetur, communi tamen opinione etiam iis hoc privilegium adſcribitur; quia talis Eccleſia ex ſola auctoritativa deputatione ſacra cenſetur. *arg. c. ad hæc de relig. domib.* Ubi dicitur locum ad uſum hoſpitalitatis deſtinatum, non eſſe mundanis uſibus deputandum. *Zoëſ. loc. cit. n. 8.*

Ad Eccleſias pollutas quod attinet, etiam iis Jus aſyli competere verius eſt; Ratio, quia effectus pollutionis eatenus tantum operatur, ut Divina officia in Eccleſia celebrari nequeant, adeoque, cum inter effectus pollutionis Jure expreſſos iſte, ut ſcilicet Jus aſyli amittatur, non repetiatur, alii effectus propria authoritate ſtatuendi non ſunt, ne pœna ſine textu augeatur, aut inducatur. *Zoëſ. tit. n. 9. Engl. n. 11.* 5

Sciendum Eccleſiam *primo* pollui per ſepulturam infidelis, vel etiam fidelis excommunicati, aut hæretici. *Secundo* per homicidium, aut ſanguinis injurioſam effuſionem. *Tertio* per effuſionem ſeminis humani, *cap. fin. de conſecrat. Eccleſ.* Debet autem effuſio ſeminis eſſe voluntaria, & publica: nam involuntaria non polluit Eccleſiam, & occulta pollutio, ſive fornicatio Eccleſiam non polluit, quia Eccleſia de occultis non judicat, & *in c. ſignificaſti. 5. de adulteriis*, ideo reconciliatio nec- 6

ceſ-

ceſſaria eſſe videtur; quia publice delictum detectum eſt. *Pirrh. de conſecrat. Eccleſ.* §. 3. ubi ad hoc requirit, ut per effuſionem ſeminis polluatur Eccleſia, notorietatem delicti. *Zoeſ. n. 9. eod.*

7 Per actum conjugalem Eccleſiam pollui communiter docent; licet enim talis actus in ſe non ponat peccatum, fit tamen effuſio ſeminis ſacrilega, propter irreverentiam loco ſacro exhibitam. Quod ſi ratio neceſſitatis copulam conjugalem exigat, forte, quia conjugati ab hoſtibus in templo obſeſſi, aut concluſi ſunt, & locum exercendi copulam non habeant, & ſine periculo incontinentiæ abſtinere non poſſint, tunc Eccleſiam non pollui communiter obtinet, neceſſitas enim non recipit legem. *Zoeſ. n. 8. Engl. n. 12.*

Ad Eccleſias interdictas quod attinet, non obſtante interdicto Jus aſyli competit; cum inter effectus interdicti non ponatur privatio iſtius immunitatis, adeoque pœna ſine expreſſo textu non extendenda eſt, cum odioſa reſtringenda ſint. Accedit, quod Clericus, licet interdictus, ſuſpenſus, aut excommunicatus ſit, tamen retineat privilegium Canonis, & fori; ergo etiam, licet Eccleſia interdicta ſit, tamen retinebit Jus aſyli, ſicut enim in priori caſu ſine expreſſo textu pœna reſtringi debet, ita etiam in poſteriori caſu id obſervandum. *Engl. & Zoeſ. d. loc.*

8 Q. III. Quibus ergo competat Jus aſyli? R. cum diſtinctione, aut enim loquimur de ſervo, aut de libero homine. Primo caſu, ſi ſervus propter nimiam ſævitiam domini confugerit ad Eccleſiam, tunc habet locum diſpoſitio paragraphi noſtri, ut dominus cogatur eum bonis conditionibus vendere. Si vero propter modicam ſævitiam domini, vel leve aliquod delictum commiſſum erga dominum, ſervus timens puniri a domino, ad Eccleſiam confugent, reſtituendus eſt domino, præſtita tamen cautione de vitæ & membrorum impunitate. *L. 6. § ſi ſervus. C. de his, qui ad Eccleſ.* Secundo caſu ſubdiſtinguitur, aut liber homo propter debitorum oppreſſionem confugit ad Eccleſiam, aut propter delictum. Si prius, tunc quidem immunis erit, ut extrahi non poſſit, citatus tamen a Judice, comparebit, aut per ſe, aut per procuratorem, & fit miſſio in bonorum poſſeſſionem. *d. l. 6. §. 2. C. de his, qui ad Eccleſ.*

Si poſterius, tunc vel commiſit delictum atrox, cui venit imponenda corporalis, vel cui venit imponenda pœna pecuniaria. Si hoc, immunitate gaudet, ut invitus extrahi non poſſit, *l. 2. C. eod.* Ratio, ne turbentur miniſteria Divina, preces, & vota, quæ cum pace, & quiete fieri oportet, *L. 5. C. eod.* Si illud, de Jure civili immunitate non gaudet, adeoque invitus extrahi poteſt. *Nov. 17. cap. 7. de mandat. princ.*

Dico *De Jure civili*, ſecus eſt de Jure Canonico, de quo immunitas tam in cauſa civili, quam criminali locum habet, & propter nullum crimen reus extrahi poteſt, niſi in caſibus Jure exceptis.

Excipiuntur autem ſequentes: Pri- 9
mo, occidentes, vel mutilantes in Eccleſia, aut ejus cæmeterio; fruſtra enim legis auxilium implorant, qui delin-

linquunt in legem. *cap.* 10. ✠ *de immunit. Eccl. & Nov.* 117 *cap.* 15. Secundo, publicus latro, ſeu viarum graſſator, & nocturnus agrorum depopulator, *cap eod.* Tertio, occidens proditorie. Proditorie occidere dicitur, qui ex propoſito, & animo deliberato occidit, ſine rixa, aut ira ſubito commota. *Zoeſ. de immunit. Eccleſ. n.* 25. Quarto, aſſaſſini dantes, vel accipientes pecuniam pro occiſione. Quinto, rei criminis læſæ Majeſtatis in perſonam Principis. *Clariſſ. D. P. König. ad Decret. d. t. n.* 10.

10 Q. IV. An gaudeat immunitate confugiens ad Sacerdotem portantem ſacram Euchariſtiam?

Dixeris, quod non, hoc inductus argumento. Si Euchariſtia ad incarceratum defertur, talis non gaudet immunitate Eccleſiaſtica; ergo neque qui confugit ad Sacerdotem portantem Euchariſtiam.

Verum communiter tuentur DD. contrarium, propter quod enim unumquodque tale eſt, illud magis eſt tale; ſed propter DEUM Eccleſiis eſt hæc immunitas conceſſa; ergo longe magis DEO. *Confirmatur* ex eo, quod procul dubio quis non cum minori irreverentia per lictores a Venerabili, quam Eccleſia abſtraheretur *Zoeſ loc. cit. n.* 11. *P. Engel. ibid. n.* 17. Diſſentit. *Covar. var. reſolut. lib.* 2. *cap.* 2. *n.* 6. eo, quod hæc immunitas locis tantum ſacris Jure Canonico conceſſa reperiatur.

Ad rationem dubitandi *R. Conc. ant neg conſ.* Differentiæ ratio eſt, quod incarceratus non ſit amplius liber. Immunitatis autem Eccleſiaſticæ effectus eſt, ut exiſtens in libertate, in ea conſervetur, non ut vinctus in libertatem aſſeratur, ut in captivo per Eccleſiam ducto paret, qui ſimiliter hac immunitate non gaudet, quia etiam liber non eſt: Secus eſt in caſu confugientis ad Sacerdotem portantem Euchariſtiam, hic enim liber eſt. *Zoeſ. loc. cit. n.* 35. *&* 36. *Oblungenſp. Inſt. h. t. q.* 8.

TITULUS IX.

De patria poteſtate.

SUMMARIA.

1. *Patria poteſtas quid ſit?* 2. *Cujus Juris ſit?* 3. *Effectus patriæ poteſtatis quales ſint?*

Diximus in principio præcedentis tituli, perſonarum, quæ alieno Juri ſubjectæ ſunt, quaſdam eſſe in poteſtate dominica, quaſdam in poteſtate patria. De poteſtate dominica actum eſt: ſupteeſt, ut de patria agamus.

Ad principium.

1 UT accuratius tractetur hoc principium, ponenda eſt definitio patriæ poteſtatis, ſtatuendumque, quod ſit Jus, vi cujus deſcendentes ex maſculis ſupremo aſcendentium ſuperſtiti ſubjiciuntur in ordine ad certos effectus Jure introductos. Ita more ſuo ſolidiſſime *Frantz. Inſt. hic n. 2.*

Dicitur 1. *Supremo aſcendentium ſuperſtiti*, quia pater, cujus pater adhuc vivit, ſuum filium non habet in poteſtate patria; qui enim in poteſtate patria eſt, alium ſub ſua poteſtate habere non poteſt. *L. 21. ff. ad leg. Jul. de adult.*

Dicitur 2. *Ex maſculis ſupremo*, quia mater filium, ſive liberos in poteſtate non habet §. *fœmina 10. Inſt. de adopt.* Longe enim illuſtrior eſt patria poteſtas, quam quæ imbecilli fœminarum ſexui concedatur, & indecorum plane atque indignum fuiſſet, fœminis imperium in liberos tribuere, utpote quas ſubeſſe poteſtati, non præeſſe decet. *Harp. n. 2. & 9.*

Itaque liberi noſtri (inquit Imperator) in poteſtate noſtra ſunt, juxta antiquam Romuli legem: Filius, quamdiu vixerit, in poteſtate patris maneto. *Mynſin Inſt. hic n. 3.* Sed quales ſunt illi liberi? ℞. Illos ſolummodo liberos in poteſtate noſtra eſſe, quos ex juſtis nuptiis procreavimus, *Text. hic.* Unde excluduntur naturales, ſpurii, inceſtuoſi, &c. Ratio excluſionis ultima a Manzio ſtatuitur hæc eſſe: quia ex patria poteſtate accedit patri multiplex commodum, nemo autem ex ſuo delicto commodum, & præmium reportare debet.

§. Nuptiæ 1.

TRaditur hic definitio nuptiarum, quæ materia loco magis congruo infra *tit. 10.* a nobis accurata lance trutinabitur, quo interea remiſſus eſto.

§. Jus autem 2.

2 QUæritur in hoc Paragrapho, cujus Juris ſit patria poteſtas? Reſpondet Imperator, eſſe Juris Civilis, & addit rationem, quia nulli alii ſunt homines, qui talem in liberos habent poteſtatem, qualem nos habemus. Accedit, quod patria poteſtas civili modo tollatur, puta, deportatione, emancipatione, &c. ergo erit Juris civilis ex vulgata Juris regula *in l. nihil tam naturale. 35. ff. de R. I. Hunn. var. reſol. lib. 1. tract. 2. q. 17.*

Dices: Omnes gentes habent ſuos liberos in patria poteſtate; ergo patria poteſtas non erit Juris civilis, ſed Juris gentium. ℞ *Diſt. ant.* Omnes gentes habent ſuos liberos in patria poteſtate qualicunque, *conc. ant.* tali, quali cives Romani utuntur, *neg. ant. & conſ.* Ultro largior, apud omnes gentes reperiri patriam poteſtatem, *Vis*, enim, *teſte Plinio in panegyr. & lex naturæ ſemper in ditione parentum eſſe liberos juſſit.* Sed illud nego, talem apud omnes gen-

gentes reperiri in liberos poteſtatem, qualem cives Romani habent, utpote qui varios effectus in ſuos liberos exercent, quos exercere aliis gentibus uſitatum non eſt, prout ex paulo poſt dicendis, & toto Inſtitutionum decurſu luculentius fiet. Itaque tametſi, ſi originem ſpectes, patria poteſtas Juri gentium ſua cunabula referat in acceptis, Juris tamen civilis eſt, ſi formam ejus conſideres. *Harp. n. 2. Vinn. Inſt. hic n. 1.*

3 Effectus patriæ poteſtatis multiplex eſt. *Primus* eſt, quod olim Pater Jus vitæ & necis in liberos habuerit. *L. ult. C. h. t. l. 11. ff. de lib. & poſth.* Verum cum patria poteſtas in pietate, non in atrocitate conſiſtere debeat, *L. 5. ff. ad leg. Pomp. de parricid.* merito Jus iſtud tanquam nimis rigidum & acerbum ſublatum eſt, & abolitum. *L. un. C. de his, qui parent. vel lib. occid.* Decens tamen & honeſta quædam emendatio, ac poteſtas corrigendi liberos parentibus relicta eſt. *L. 3. h. t.* Hinc pater filium degenerem carceribus mancipari recte curat, aut Judici puniendum offert, ita tamen, ut Judex pœnam irroget, quam pater dictavit. *d. l. 3. C. eod. Schneid. n. 27. hic Franz. Inſt. h. t. §. 7. n. 9.*

Secundus effectus patriæ poteſtatis eſt, quod pater propter nimiam atque extremam egeſtatem liberos, quos in poteſtate habet, vendere & pignori obligare poſſit, ita tamen, ut poſtea oblato & refuſo pretio creditor filium priſtinæ teneatur reſtituere libertati. *L. 2. C. de patrib. qui filios ſuos diſtr. Brunn. in d. l. 2. Schneid. hic n. 29.*

Hodie patri non amplius licet diſtrahere, aut nexu pignoris filios obſtringere. *Groenewegen de legib. abrogat. ad d. l. 2.* Atque adeo incaſſum laborarem, ſi me circa matrem, an eidem de Jure communi idem Jus competat, anxie detinerem. Interim conſule *Arumæ. exercit. Juſt. 2. th. 3. Harp. hic n. 23. Perez. in Cod. de patrib. qui filios ſuos diſtr. Schneid. n. 29. Hun. var. reſol. l. 1. tract. 2. q. 16.*

Tertius effectus eſt, quod pater filio impuberi in teſtamento poſſit tutorem dare. *§ 3. Inſtit. de tutel.*

Quartus, quod ei poſſit pupillariter ſubſtituere, *tot. tit. Inſt. ff. & Cod. de pupill. ſubſt.*

Quintus, quod injuriam filio illatam poſſit remittere. *L. 17. §. filiofam. 12. ff. de injur.*

Sextus, quod pater bona adventitia filiorum iis etiam invitis adminiſtrare poſſit. *L. 1. C. de bon. Mat. Schneid. n. 32. h. t.*

Septimus, quod filius, quidquid acquirit, acquirat patri. *tot. tit. infra, per quas perſ. cuique acquir.* ubi DEO dante, hunc ſeptimum effectum latius explicabimus.

Octavus effectus patriæ poteſtatis eſt, quod filius ſine conſenſu patris contra alium ſtare in judicio nequeat. *L. fin. C. de bon. quæ lib.* plures effectus pleno agmine producit. *Schneid. hic n. 24. usque ad n. 47.* quos ſuis propriis ſedibus expendemus.

§. Qui

§. Qui igitur 3.

Quæritur hic, quinam liberi ſint in poteſtate patria? ℞. Non tantum filios & filias, ſed etiam nepotes, pronepotes, atque cæteros ex linea maſculina deſcendentes; ita tamen, ut nepos ſit in poteſtate avi, & pronepos in poteſtate proavi &c Ratio, cur nepos ſit in poteſtate avi, & non ſui patris, eſt in aperto, quia pater ipſe eſt in poteſtate avi, qui autem in poteſtate eſt, alium in poteſtate habere non poteſt *L. 21. ad. L. Jul. de adult.*

Dixi, *ex linea maſculina*, qui enim ex tua filia naſcuntur, in poteſtate tua non ſunt, ſed patris eorum, quoniam ex legitimo thoro ſuſcepti non matris, ſed patris conditionem ſequuntur. *L. 19. ff. de ſtat. homin. Harp. num. 11. hic.*

TITULUS X.

De Nuptiis.

SUMMARIA.

1. *Etymologia ſponſalium ponitur.* 2. *Definiuntur ſponſalia.* 3. *Diviſio earum.* 4. *Quis poſſit contrahere ſponſalia?* 5. *An innamoratus recte contrahat?* 6. *Minor ſeptennio valide ſponſalia contrahit, ſi malitia ætatem ſuppleat.* 7. *Parentes poſſunt nomine liberorum ſponſalia contrahere.* 8. *Procurator an ſponſalia recte pangat?* 9. *Numerantur requiſita ſponſalium.* 10. *Defloravi puellam ſub ſpe matrimonii, an teneatur illam ducere?* 11. *Sponſalia gratuita qualiter obligent.* 12. *Taciturnitas non ponit ſponſalia?* 13. *Sponſalibus an pœna conventionalis recte adjiciatur?* 14. *Reſolvuntur objectiones.* 15. *Quomodo ſponſalia diſſolvantur?* 16. *An per nudum votum ingrediendæ religionis ſolvantur, aut per votum caſtitatis?* 17. *An matrimonio ſoluto reviviſcant priora ſponſalia?* 18. *An ſponſalia priora ſolvantur per poſteriora juramento firmata?* 19. *Quid ſi poſterioribus acceſſerit copula?* 20. *Ob fornicationem ſolvuntur ſponſalia.* 21. *Quid ſi utraque pars fornicata fuerit?* 22. *Gradus conſanguinitatis noviſſe multum intereſt.* 23. *Conſanguinitas definitur.* 24. *Linea quid ſit & quotuplex?* 25. *Quid ſtirpes?* 26. 27. & 28. *Traduntur regulæ, ex quibus gradus ſanguinitatis cognoſcuntur.* 29. *Matrimonium in quarto gradu prohibitum,* 30. *Affinitas definitur.* 31. 32. 33. 34. 35. & 36. *Enumerantur regulæ, ex quibus gradus affinitatis cognoſcuntur.* 37 *Diſpenſatio an in linea recta locum habeat?* 38. *An in linea obliqua?* 39. *Matrimonium in ſecundo gradu Jure tantum humano prohibitum eſt.* 40. *In linea recta inter affines matrimonium eſt prohibitum de Jure naturæ.* 41. *In linea collaterali affinitatis matrimonium tantum prohibetur de Jure poſitivo humano.* 42. *Diſpenſatio non habet locum in gradibus Jure naturæ prohibitis.* 43 *Nuptiæ unde dicantur?* 44 *Quid ſit*

H 2 ma-

matrimonium? 45. *Quomodo dividatur?* 46 *Qui illud poſſit contrahere?* 47. *Enumerantur requiſita matrimonii.* 48. *Conſenſus parentum an requiratur ad nuptias?* 49. *Parochus proprius quis dicatur?* 50. *Adulterium facit ſeparari matrimonium quoad thorum & menſam.* 51. *Non vero diſſolvi quoad vinculum.* 52. *Separatio quoad thorum & menſam in quibus caſibus non procedat?* 53. *Impedimenta impedientia & dirimentia qualia, & quot ſint.* 54. *Error ſubſtantialis eſt impedimentum dirimens* 55. *Non accidentalis.* 56. *Niſi hic redundet in errorem perſonæ.* 57. *Conditio quando ponat impedimentum dirimens?* 58. *Hæc conditio, ſi mecum in perpetua caſtitate vixeris, an ponat impedimentum dirimens?* 59. *Conditio quomodo differat a modo, a demonſtratione, & cauſa.* 60. *Votum. Item* 61. *Cognatio ſpiritualis, vel* 62. *legalis quando ponat impedimentum dirimens?* 63. *Adulterium & conjugicidium ut dirimant matrimonium, quid requiratur?* 64. *Cultus diſparitas dirimit matrimonium* 65. *Metus quid ſit?* 66. *Quotuplex ſit?* 67. *Quando dirimat matrimonium?* 68. *Ordo.* 69. *Ligamen* 70. *Publica honeſtas ſunt impedimenta dirimentia.* 71. *Impotentia quatuplex ſit?* 72. *Quæ dirimat matrimonium.* 73. *Eunuchi ſeu caſtrati non poſſunt contrahere matrimonium.* 74. *Bene vero Spadones.* 75. *Raptus facit dirimi matrimonium.* 76. *Legitimatio quid ſit?* 77. *Quotuplex ſit?* 78. *Quid ad legitimationem per ſubſequens matrimonium requiratur?* 79. *An in articulo mortis procedat?* 80. *Adulterini non poſſunt legitimari per ſubſequens matrimonium.* 81. *Erat impedimentum tempore nativitatis ceſſaverit?* 82. *Reſolvuntur argumenta contraria.* 83. *Inſtrumenta dotalia an requirantur?* 84. *An conſenſus liberorum?* 85. *Legitimati per ſubſequens matrimonium ſuccedunt in feudis.* 86. *An legitimatio tribuat Jus primogenituræ.* 87. *Legitimatio per reſcriptum quid ſit?* 88. *Quis illam perficere poſſit?* 89. *Quid requiratur?* 90. *Quis ejus effectus?*

Egimus de poteſtate patria in genere: ſupereſt, ut dicamus de modis, quibus illa inducitur. Sunt autem tres cauſæ conſtitutivæ patriæ poteſtatis, videlicet: *Juſtæ nuptiæ, legitimatio,* & *adoptio.* Cum vero nuptiarum aurora ſint ſponſalia, ideo primo loco de his, utpote materia utili, & uſitata agemus: ubi, cum iſta materia dirigatur ex regulis Juris Canonici, non textus methodum, utpote Juris civilis formam explicantem, ſequar, ſed alia, & utiliori via incedam.

1 Sponſalia a ſpondendo dicta. *L. 1. ff. de ſponſ.* Quia olim moris erat ſtipulari, ac ſpondere uxores ſibi futuras, unde & ſponſi, ſponſæque appellatio nata eſt *Harp. n. 2. h. t.*

Definiuntur, quod ſint mentio (hoc eſt: *Stipulatio*) & repromiſſio, hoc eſt *Reciproca promiſſio* futurarum nuptiarum. *L. 1. ff. de ſponſal.* 2

Dividuntur ſponſalia in ſponſalia *De futuro*, & ſponſalia *De præſenti.* Sponſalia *de futuro* ſunt promiſſio, & repromiſſio futuri matrimonii v. g. ducam te in uxorem. Sponſalia *De præſenti* ſunt promiſſio, & repromiſſio de 3

de præſenti facta, v. g. accipio te in uxorem meam, & talia ſponſalia de Jure Canonico olim pro rato matrimonio habebantur, ita ut mutuo diſſenſu amplius non potuerint diſſolvi. *Hunn. ad Treutl. vol. 2. diſp. 6. th. 1. q. 9.*

Verum hodie *poſt Concil. Trident. ſeſſ. 24 de reformat. cap. 1* utpote de quo nullum matrimonium ſine præſentia Parochi, & teſtium contrahi poteſt, non dantur amplius ſponſalia de præſenti, niſi matrimonium ratum talia nuncupare velis, prout ita nuncupat *Oblingenſp. q 10 de pat poteſt.* Unde ſua ſponte fluit, licet ante Concilium Tridentinum ſponſalia clam contracta per ſecutam copulam in matrimonium transferunt *cap 30. X de ſponſ.* Hodie tamen in locis, ubi Concilium Tridentinum receptum eſt, id non amplius obtinere, & talem copulam pro nuda fornicatione haberi, non inducente matrimonium. *Perrbing. §. 5. de ſponſal. Engl. §. 1. n. 6. eod.*

4 Sponſalia contrahere poſſunt omnes, qui & nuptias. Contra, quibus nuptias contrahere prohibitum eſt, nec ſponſalia contrahere poſſunt. *Cap. ult. X de pact l. 15. ff. de cond. Inſt. L. 16. ff. de ſponſ.*

Dices Impubes non poteſt contrahere matrimonium, & tamen poteſt contrahere ſponſalia; ergo falſum eſt, quod is ſponſalia contrahere nequeat, qui ad contrahendas nuptias eſt inhabilis. R. Nos duntaxat illos excludere a licentia contrahendi ſponſalia, qui abſolute ſunt inhabiles ad nuptias, non illos, qui ſpem habilitatis habent.

In ſpecie ſponſalia contrahere prohibentur *1mo:* Furioſus, ſive ille, qui cum rabie inſanit, quia non intelligit, quid agat. *§ 8. Inſtit. de inut. ſtipulat.* & omni conſenſu deſtituitur. *L. 2. C. de Contrah. empt.*

Dubitatur an libidinoſi, & cæci amoris œſtro perciti ſponſalia valide contrahant? 5

Negativa rationis mole non caret, cum amens, & amans pari videantur deambulare paſſu. *arg. Nov. 74. cap. 4.* aſſerentis *Nihil eſſe furore amoris vehementius.* Hinc ſcite ſapientiſſimus Romanorum Seneca: *Amor*, inquit, *rationis oblivia eſt, & inſaniæ proximus, facilis, minimeque conveniens vitium, turbat conſilia, altos & generoſos ſpiritus frangit, a magnis cogitationibus ad humillimas detrahit.* Et teſte Publio: *Amare, & ſapere vix Jovi conceditur.*

Aſt oppoſita ſententia in praxi, & curiis Germaniæ triumphat, enim vero ad ſponſalia non alia animi deliberatio requiritur, quam illa, quæ requiritur ad committendum peccatum mortale; atqui amoris œſtro perciti tali gaudent animi deliberatione; ergo ſponſalia valide pangunt.

Ad rationem dubitandi *ex Nov. 74. c. 4.* deſumptam R. inamoratum furioſo tantum improprie, & in aliquibus comparari. *König ad Jus Can lib. 4. tit. 1. p. 1 § 7. n. 33.*

2do: Prohibentur ſponſalia contrahere mente capti, ſive ii, qui citra œſtrum furoris placide delirant, quia neſciunt, quid agant.

3tio: Ebrii ebrietate perfecta, ſive tali, quæ inducit omnimodam alienationem mentis, quia ſtante tali ebrietate non poteſt deliberate conſentire.

4to: Infantes, ſive ii, qui nondum compleruntannum ſeptimum *L. 14. ff. de ſponſ. cap. 4. 5. & 13.* ✠ *de deſponſ. impub.*

Q. I. Poſſitne minor ſeptennio contrahere ſponſalia, ſi præcocitas ingenii antevertat annos, & malitia ætatem ſuppleat?

Negativam propugnant *Küng lib. 2. tit. 2. §. 2. n. 5. Fachin. lib. 3. cap. 26. Harp. Inſt. de nupt. n. 10. Zoëſ. ad Decr. de ſponſ. n. 5.*

Moventur *1mo*: *Per cap. 4. & 13.* ✠ *de deſponſ. impub.* ubi expreſſe ſancitur, ſponſalia ante ſeptennium contrahi non poſſe; ergo.

Moventur *2do*: Jura de illis caſibus conſtituuntur, qui frequenter accidunt; *L. 3. 4. 5. 6. & 10. ff. de LL.* ergo, cum rariſſime accidat, quod ante ſeptennium ſufficiens rationis uſus ad ſponſalia pangenda adſit, a regula generali non recedendum erit.

Moventur *3tio*: Ubi adeſt præſumptio Juris, & de Jure, non admittitur probatio in contrarium, *Menoch. l. 1. quæſt. 3. n. 17. & 20. de præſumpt.* ſed in minore ſeptennio adeſt præſumptio Juris, & de Jure; ergo non admittitur probatio in contrarium, puta, adeſſe ſufficientem uſum rationis. *Minor oſtenditur.* Tunc adeſt præſumptio Juris, & de Jure, ſi Jus aliquid præſumit, & ſuper præſumpto ſtatuit, diſponitque; *Zoëſ. ff. de probat. & præſumpt. n. 82.* ſed Jus Canonicum præſumit in minore ſeptennio non eſſe ſufficientem uſum rationis ad contrahenda ſponſalia, & deſuper ſtatuit; *d. cap. 4. 5. & 13.* ergo adeſt præſumptio Juris, & de Jure.

Moventur *4to*: Tempus, quod requiritur ad teſtamenti factionem, anteverti non poteſt præcocitate ingenii; *L. 5. ff. qui teſtam. facere poſſunt.* ergo neque tempus, quod requiritur ad contrahenda ſponſalia.

His tamen argumentis non obſtantibus affirmativæ ſubſcribo, cui quoque aſſenſu ſuo patrocinantur *P. Wex. tract. de ſponſ. p. 1. §. 3. n. 18. Sanchez. de matrim. lib. 1. diſp. 16. n. 9. P. Engl. de deſponſat. impub. n. 2. Glettle de pact. & contract. cap. 4. §. 1. n. 8.* 6

Facit *1mo*: *Cap. 3.* ✠ *de ſponſal.* ubi juvenis quidam cum puella nondum ſeptenni ſponſalia contraxit, & deinde cum conſobrina ejusdem puellæ, id eſt · mit des Mädleins Schweſter Tochter, matrimonium iniit. Juſſit in eo caſu S. Pontifex propter impedimentum publicæ honeſtatis ſequens matrimonium reſcindi: quæ ratio reſcindendi inepta foret, ſi ante ſeptennium non poſſent conſiſtere ſponſalia, quia ex ſponſalibus, ob defectum conſenſus invalidis, non conſurgit impedimentum publicæ honeſtatis. *c. 4. de deſponſ. impub.*

Non obſtat, ſi dicas cum antagoniſtis, quod copula in dicto caſu cum priori intervenerit. ℞. enim, ſi propter copulam matrimonium reſciſſum fuiſſet, male S. Pontifex allegaſſet ob impedimentum publicæ honeſtatis matrimonium reſcindi debere, quia copula ponit impedimentum affinitatis, prout de affinitate diſſeremus.

Facit *2do*: Non obſtante, quod matrimonio contrahendo certa ætas, ſcilicet maſculis quatuordecim, fœminis duodecim annorum definita ſit, ſi tamen

ized by Google

men malitia ætatem ſuppleat, matrimonium ante tempus definitum contractum valet; *c. 9. de deſponſat. impub.* ergo etiam, eſto ſponſalibus contrahendis certa ætas definita ſit, ſi tamen malitia ætatem ſuppleat, valebunt ſponſalia, cum a matrimonio ad ſponſalia legitimum ducatur argumentum. *arg. L. 16. ff. de ſponſal.*

Facit *3tio* Stando in Jure naturæ poteſt minor ſeptem annis contrahere ſponſalia, modo habeat ſufficientem uſum rationis; ergo idem dicendum de Jure poſitivo, cum hoc in paſſu nullibi a Jure naturali receſſerit. Imo

Facit *4to L. 14. ff. de ſponſal.* ubi dicitur ætatem pro ſponſalibus non ita eſſe definitam, ſicut in matrimonio. Idem *eodem textu* dicitur: a primordio ætatis ſponſalia effici poſſe, ſi modo contrahentes intelligant, quid agant. Nec adverſatur, quod textus *d. l. 14.* ſubjungat hæc verba: *Si non ſint minores, quam ſeptem annis.* Enim vero hæc ultima verba recipiunt hunc ſenſum: Si non ſint minores illi, qui non habent ſufficientem uſum rationis; lex enim hic ſupponit, ante ſeptennium non adeſſe ſufficientem uſum rationis, adeoque ut brevis ſim, textus ſic debet intelligi: *Modo id fieri ab utraque perſona intelligatur*, quod regulariter contingit, ſi non ſint minores ſeptennio. Sane ſi ex iſto textu evincere velis, ſeptennium requiri præciſe ad ſponſalia, fatearis neceſſe eſt, quod intra paucas lineolas JCtus ſibi contradixiſſe cenſeatur, quod abſurdum foret. *Wex. loc. cit.*

Argumenta contraria nullo labore diluuntur, & quidem ad primum R. *diſt. ant.* Sponſalia ante ſeptennium contrahi non poſſunt, ſuppoſito quod ſufficiens uſus rationis non adſit, *conc. ant.* ſi adſit, *neg. ant. & conſ.* Capitula, in quibus dicitur, quod ante ſeptennium non valeant ſponſalia, fundantur in præſumptione, quod ante illud tempus nondum adſit ſufficiens uſus rationis, leges autem in præſumptione fundatæ non obligant, ſi præſumptio ſit falſa.

2dum ruit ab experientia, qua videmus, præſertim in Auſtria, non raro contingere, ut ante ſeptennium multi ſatis intelligant, quis ſit matrimonii finis. Deinde tranſeat raro contingere, utique tamen oportet ſcire, quid Juris etiam in caſibus raro contingentibus.

3tium, in quo Achillem ponunt, facili labore proſternitur. R. enim, illam regulam, quod præſumptio Juris, & de Jure, non admittat probationem in contrarium, non procedere univerſaliter, ſed limitationem recipere in caſu, quo contrarium notorium eſt. *Mr. moch. l. 1. de præſumpt. quæſt. 60. n. 18. ſod. tit.* Sic Jure antiquo dabatur etiam præſumptio Juris, & de Jure, quod ſponſalia de futuro tranſierint in matrimonium per carnalem copulam cum ſponſa ſubſecutam, *c. 30. X de ſponſal.* & tamen, ſi conſtiterit, quod copula non maritali affectu, ſed tantum fornicario fuerit habita, non valebat matrimonium, & præſumptio debuit cedere veritati, ergo etiam, ſi conſtet, notoriumque ſit, adeſſe in minori ſeptennio ſufficientem uſum rationis, præſumptio locum non habebit.

4tum pari modo haud difficulter convellitur. R. enim *conc. ant. neg. conſ.*

Quia

Quia in teſtamenti factione quatuordecim anni pro forma requiruntur, forma autem per æquipollens non impletur. *L. 2. § fin. ff. de jure jur.* In noſtro autem caſu ſeptem anni deſiderantur, quia Jura præſumunt, prius non adeſſe ſufficientem uſum rationis: quæ præſumptio ſi non verificetur, neque lex habebit locum.

Diximus, qui nomine proprio poſſint contrahere ſponſalia; ſequitur de iis, qui nomine alieno contrahunt, v. g. parentes, procuratores. Parен-
7 tes enim liberos ſuos deſpondere, vel
nomine illorum ſponſalia contrahere poſſe, certi, & indubitati Juris eſt, *c. un. de deſponſat. impub. in 6.* quod tamen cum diſtinctione procedit. Vel enim parentes contrahunt ſponſalia pro filio adhuc infante, aut abſente, vel pro eo, qui infantiam jam exceſſit, & præſens eſt. Si pro filio adhuc infante, aut abſente, non aliter tenent ſponſalia, quam ſi filius infantiam egreſſus, aut reverſus, factum patris approbaverit. Si pro filio, qui infantiam jam exceſſit, & præſens eſt, tenent ſponſalia, quamvis filius expreſſe non conſentiat, ſufficit enim, quod non contradicat. *d. cap. un.* cum enim parentes plus filios, quam ſe ipſos diligant, *l. 8. ff. quod met. cauſ.* præſumitur recte eos filiis conſulere, & filios iis conſentire; qui enim tacet, vel maxime in favorabilibus, videtur conſentire. *Sanchez. lib. 1. diſp. 23. n. 3.*

Dixi *Parentes*: Quia æque matri, ac patri pro filio contrahere ſponſalia conceſſum eſt, tum quod *d. cap. un.* de parentibus loquatur, ſub quo nomine uterque parens includitur; tum quod deciſio textus *d. cap. un.* non innitatur patriæ poteſtati, ſed amori paterno, qui æque in matre, quam patre reperibilis eſt. *Engl. lib. 4. tit. 2. §. 2. n. 4.*

Procuratores ſponſalia ſi contra- 8
hant, non aliter vim obtinent, quam ſi mandatum ſpeciale in ordine ad determinatam perſonam acceperint a perſona principali, & hæc in voluntare ſua perſtiterit. *cap. ult. de procurat. in 6.* Unde ſequitur, ſi principalem pœniteat, & mandatum in abſentia procuratoris retractet, licet procurator retractationis ignarus fuerit, & ſponſalia contraxerit, ſponſalia tamen non valere, *d. cap. ult.* Ratio eſt in favore libertatis, qui in matrimonio ſingulariter deſideratur, poſita.

Non obſtat, quod, ſi procurator datus ad alia negotia, & ignarus pœnitentiæ dantis negotia geſſerit, utiliter agat: *c. 13. de procurat. Clement. un. de renunt. l. 15. ff. mandati.* Nam ad ſponſalia non ſufficit conſenſus ſubtilitate Juris fictus, ſed requiritur verus & naturalis: quod ſecus eſt in aliis negotiis. *Franz. ad Inſtit. lib. 1. tit. 10. §. 3. part. 1.*

Porro plura adhuc requiruntur, ut ſponſalia ſuis conditionibus abſolvantur, & quidem

Primo requiritur promiſſio vera, non 9
ſimulata, hoc eſt, ſponſus debet habere ſerium animum ſe obligandi; verba enim non obligant citra conſenſum, ſine quo nulla obligatio conſurgit. Hinc ſponſalia non ſunt, ſi quis ficta matrimonii promiſſione uſum corporis a puella eblandiatur. *Sanchez. l. 1. diſp. 9. n. 5. Franz. ad Inſt. d. loq. n. 12.*

Q. II. An is teneatur puellam in uxorem

rem ducere, ſi ficta matrimonii promiſſione impetraverit ab eadem uſum corporis?

Dixeris, quod non; ſi enim teneretur illam ducere, tunc vel teneretur ex obligatione ſponſalium, vel ex damno illato. neutrum poteſt dici, ergo non tenetur. Non tenetur ex obligatione ſponſalium, quia ad ſponſalia requiritur verus conſenſus, & fictus non ſufficit. Non ex damno illato, quia ratione damni illati tantum tenetur ad compenſationem, quæ utique aliter fieri poterit, quam per nuptias.

10 Sed verius eſt, quod teneatur ad nuptias.

Ratio prima, quia Juſtitia commutativa, vi cujus ſeductor tenetur, non tantum vult, ut æquale reddatur, ſed ut idem reddatur; adeoque, ſi quis equum furatus eſt, non ſufficit pretium ejus præſtare, ſed tenetur equum reſtituere; quia aliud pro alio invito creditori reddi non poteſt. *L. 2. §. 1. ff. de reb. credit.*

Ratio ſecunda deſumitur *ex cap. 1. de adult. & ſtupro*, quod capitulum depromptum eſt, *ex lib. Exod. 22. verſ. 16.* ubi dicitur: *Si quis ſeduxerit virginem necdum deſponſatam, dormieritque cum ea, dotabit eam, & habebit eam uxorem.*

Non obſtat, quod non vere, ſed tantum ficte conſenſerit. Quia contractuum innominatorum. Do, ut des: Facio, ut facias, ea eſt indoles, ut, ſi una pars conventioni ſatisfecerit, altera quoque teneatur ſatisfacere. *Tot. tit. ff. de præſcript. verb.* etiamſi tantum ficte conſenſerit, tenebatur enim ex juſtitia vere conſentire, & conditio in mente retenta nihil operatur, *arg. l. 7. Cod. de condict. indeb.* Sic ponamus: ficte promiſi Petro centum aureos, ut pro me eat Romam, ſi Petrus ivit, teneor dare centum; ergo etiam, cum hic contractus fuerit mutuus, licet vi ſponſalium forte non obligetur, tenebitur tamen vi contractus innominati: Do, ut des, puellam ducere, cum qua cenſetur contractum innominatum iniiſſe, puta taliter: *Exhibeo tibi uſum corporis mei, ut me ducas in uxorem.* Jam vero, ut diximus, ſi una pars contractum impleverit, tenetur & altera illum implere. Ita docent *Sanchez l. 1. diſp. 10. n. 3. Zoëſ. ad decret. de ſponſal. n. 20. Engl. l. 4. tit. 1. §. 2. n. 23. Franz. ad Inſt. lib. 1. tit. 10. part. 2. §. 5. n. 12.*

Dices. Si ex conceſſis in memorato 11 caſu contractus innominatus intervenit, non tenetur factus promiſſor præciſe ad promiſſum, quoniam in contractibus innominatis debitor intereſſe præſtando liberatur. *L. 5. ff. de præſcript. verb.* R. d. l. 5. procedere, ſi damnum ſolvendo intereſſe ſit reparabile, quale non eſt hic *Zoëſ. loc. cit.*

Urges. Damnum, quod puella ſentit, propria culpa ſentit, adeoque non videtur ſentire; *L. 203. ff. de R. J.* ergo non debet reſarciri. R. Quod damnum perſuaſione promiſſoris ſentiat, qui non doloſe illam deſlorare debuiſſet. Dixi *deſlorare*: Si enim puella virgo non fuerit, ſed corrupta, ab illa ducenda liber erit, quia non tam decepit, quam deceptus eſt, decipienti autem Jura non patrocinantur. *Zoëſ. loc. cit. Sanchez n. 12. & 21. d. loc.* ubi aſſerit, ſi puella fraudem facile advertere potuerit, forte, quod promiſ-

I ſor

ſor in multo digniori, & altiori ſtatu, atque conditione ſit conſtitutus, quod non teneatur illam ducere.

Secundo: Ad ſponſalia requiritur promiſſio mutua, hoc eſt, ut pars utraque ad nuptias ſe obligare velit: promiſſio enim ex uno latere facta contractum ſponſalium non inducit. Unde ſi virgini nuptias promittam, & ipſa non repromittat, ex neutra parte obligatio oritur. Non ex parte virginis, quoniam animum contrahendi non habuit, actus enim agentium non operantur ultra intentionem eorum. *L. 19. ff. de reb. cred.* Non etiam ex mea, quia obligationem non aliam ſubire volui, quam ſponſalitiam, quæ ex natura ſua eſt mutua, & reciproca. *Franz. ad Inſt. loc. cit. n. 13.*

Q. III. An ſponſalia ex mere gratuita, & liberali promiſſione non poſſint ita contrahi, ut una duntaxat pars eſſet obligata, altera non etiam? ℞. poſſe quidem taliter contrahi a paritate emptionis, venditionis. tametſi enim emptio, venditio eſſentialiter utrinque ſit obligatorius contractus, nemo tamen dubitat, quin poſſim promiſſionem ita concipere, ut velim obligatus tibi eſſe ex ſtipulatione, ad equum tibi vendendum, ſi illum intra annum emere volueris, ergo etiam licet ſponſalia ſint contractus utrinque eſſentialiter obligatorius, non tamen video, quin taliter contrahi non poſſint, ut una ſaltem pars maneat obligata.

Dicitur, taliter quidem poſſe contrahi ſponſalia, ſed talia ſponſalia non producunt verum effectum ſponſalium, puta, publicæ honeſtatis impedimentum, adeoque vir, mortua fœmina, cui ſolus erat obligatus, ejus ſororem recte in uxorem ducit. *Engl. §. 2. de ſponſ. n. 3. Wex. part. 1. §. 2. n. 9.*

Tertio: Deſideratur ad ſponſalia, promiſſio verbis, vel ſignis exterioribus ſufficienter manifeſtata. Conſenſus enim mere internus ad inducendam obligationem juſtitiæ eſt inſufficiens; quia cum ſit abſolute inſenſibilis, non poteſt producere ſenſibilem effectum in ordine ad commercium humanum. *Pirrhing. lib. 4. tit. 2. §. 1. n. 3.*

Plane verba non requiruntur præciſe ad ſponſalia, ſed poteſt conſenſus in nuptias aliis quoque ſignis manifeſtari. Sic nullum eſt dubium, quin porrectione manuum, reciproca traditione, & inſertione annulorum, &c. ſponſalia pangi poſſint. *Menoch. de præſumpt. lib. 3. præſ. 2. Sanchez. lib. 1. diſp. 22.*

Q. IV. An taciturnitas ſit tale ſi- 12
gnum, ex quo colligere liceat conſenſum ſponſalium? Fac v. g. quod puellæ præſenti nuptias promittam, illa vero rubicundo ſuffuſa pudore verecundans taceat, non annuat, non renuat: an hoc in caſu matrimonium repromiſiſſe cenſenda eſt? Ope diſtinctionis reſpondendum cenſeo. Vel enim de ſponſalibus pangendis præceſſit tractatus aliquis, vel non præceſſit. Si prius, forte quod actum fuerit de ſponſalibus hic & nunc contrahendis, v. g. in præſentia amicorum, ad hunc finem convocatorum, ſponſalia contracta eſſe intelliguntur, quia ſola verecundia videtur vocem ſubſlamminaſſe. *Engl. § 2. n. 8.* Si poſterius, ſponſalia contracta non cenſentur, quia taci-

citurnitas ſuapte vi nec conſenſum nec diſſenſum importat, ſed ad utrumque eſt indifferens, *cap. 44. de R. I. in 6.* & in dubio leges potius liberant, quam obligant *l. 47. ff. de oblig.*

Non refragatur. Qui tacet, conſentire videtur, *c. 43. de R. I. in 6.* ergo dum puella tacet, cenſetur conſentire. Enimvero memorata regula tunc procedit, ſi de meo tacentis favore agatur, non etiam, ſi de gravi præjudicio, quemadmodum in ſponſalibus. Deinde *cap. 44. de R. I. in 6.* contrarium videtur ſancire his verbis: *Qui tacet, non utique fatetur, ſed neque negare videtur. Engl. loc. cit. Franz. n. 15.*

Effectus ſponſalium eſt obligatio ad contrahendas nuptias, quæ obligatio ſtringit ſub culpa lethali; niſi juſtam reſiliendi quis cauſam habeat, de quibus paulo poſt. Sine juſta cauſa, ſi quis reſilire velit, monendus: ſi monitionem ſpeneret, cenſuris Eccleſiaſticis compellendus erit. Sed caveat judex a coactione tali, qualis induceret difficilem matrimonii exitum, *cap. 10. & 17. ✠ de ſponſal.*

Non obſtat *L. 1. C. de ſponſal.* ubi jam deſponſatæ licentia datur alii nubendi, quia *d. l. 1.* procedit de Jure Civili; in materia autem ſponſalium utpote ſpirituali ſtandum eſt Juri Canonico.

13 Q. V. Poſſitne pœna conventionalis ſponſalibus adjici, ſolvenda in eventum, ſi pars alterutra ſine juſta cauſa a ſponſalibus receſſerit? ſive, valeatne tale pactum, ſi abſque juſta cauſa a ſponſalibus reſilieris, ſolvas pro pœna mille?

Prima ſententia negat, ita *Sanch. lib. 1. diſp. 30. n. 2. Pirrheng. lib. 4. ſect. 1. §. 4. n. 22. Brunn. vol. 5. Cod. de ſponſ. n. 12. Perez. ibid. n. 103. Zöeſ. ff. de ſponſ. n. 10. Wix. de ſponſal. p. 2. conſ. n. 18. Schamb. ad princ. Inſtit. de pat. poteſt.*

Moventur *1mo*: ex *cap. gemma. 29. de ſponſal.* ubi Gregorius IX. diſſertis terminis reſcribit, ejusmodi pœnam tanquam adverſam libertati matrimonii ſponſalibus adjici non poſſe.

Moventur *2do*: ex *l. 134. ff. de V. O.* ubi dicitur inhoneſtum viſum eſſe, vinculo pœnæ matrimonia obſtringi, ſive futura, ſive jam contracta.

Moventur *3tio*: ex *l. 5. C. de ſponſal.* ubi in hæc verba reſcribitur: *Extra definitionem autem hujus legis, ſi cautio pœnam ſtipulationis continens, fuerit interpoſita, ex utraque parte nullas habebit vires, cum in contrahendis nuptiis libera poteſtas eſſe debeat.*

Verum hæc argumenta tanta non ſunt, ut in ſui deditionem me trahant. Itaque teneo prædictum pactum valere, & ſi alterutra pars NB. ſine juſta cauſa receſſerit, teneri ad ſolutionem pœnæ conventionalis. Ita docent *Glettle aſſert. 56. Laymann lib. 5. Theolog. moral. tr. 10. p. 1. cap. 1. n. 8. Haunold. de J. & J. cap. 5. cont. 3. n. 364. Engl. lib. 4. tit. 1. §. 2. n. 7. Franz. Inſt. l. 1. tit. 10. p. 1. §. 7. n. 18.*

Probatur *1mo*: Si pœna conventionalis non poſſet adjici ſponſalibus, eſſet iſta ratio, quia reſtringit libertatem contrahendi matrimonii, ſed non reſtringit; ergo poteſt adjici. *Minor* oſtenditur. Poſt inita ſponſalia non adeſt amplius libertas illa, cui Jura ſuffragantur; ergo pœna conventionalis non reſtringit libertatem matrimonii.

 Ant.

Ant. probatur: Libertas, cui Jura ſuffragantur, eſt illa, qua liberum eſt contrahere, vel non contrahere, ſed poſt inita ſponſalia non eſt amplius liberum contrahere, vel non contrahere: quia vi ſponſalium jam tenetur contrahere; ergo non adeſt amplius libertas, cui Jura ſuffragantur, ſive illa, quam Jura non volunt reſtringi.

Dices: verum quidem eſſe, poſt contracta ſponſalia non amplius adeſſe libertatem moralem, ſive illam, cui Jura patrocinantur; adeſſe tamen libertatem phyſicam, ſive naturalem, ut ecce! poſt contracta ſemel ſponſalia etiam receſſus a ſponſalibus ſine juſta cauſa permittitur, ſi timeatur malus exitus matrimonii. *c. 17.* ✠ *de ſponſal.* Jam fac, quod hoc ſciat pars, quæ pœnam promiſit, & ita ſecum perpendat: poſſem adhuc reſilire a ſponſalibus, licet cauſam juſtam non habetem, ſed ſi de facto reſilirem, incurrerem pœnam ſponſalibus adjectam, quam ne incurram, contraham matrimonium. Ecce! hoc in caſu reſtringitur libertas phyſica & naturalis.

℞ *1mo*. Quod ille, qui ſine juſta cauſa a ſponſalibus reſilire cupit, actum exerceat formaliter peccaminoſum, adeoque favorem Juris non mereatur.

℞. *2do*: Quod talis, qui ſine juſta cauſa implementum ſponſalium retractat, etiam cenſura Eccleſiaſtica, imo ipſa excommunicatione coerceri poſſit. *c. 10. d. t.* ſicut ergo non attenditur, quod metu incurrendæ cenſuræ Eccleſiaſticæ contrahat, ita non attendendum, quod metu pœnæ incurrendæ potius contrahat, quam ſine juſta cauſa a ſponſalibus reſiliat.

Probatur *2do*. Poteſt arrha ſponſalibus adjici, ergo etiam pœna. *Probatur conſ.* Si ab arrha non licet argumentum ducere ad pœnam, tunc vel ideo, quia 1. quantitas illius ſolet eſſe modeſta & parva, pœna vero magna; vel ideo, quia 2. arrha ſtatim traditur, pœna vero promittitur, ſolemus vero promiores eſſe ad promittendum, quam ad dandum. *L. ſed ſi ego 4. ff. ad SCtum Vellejan.* vel quia 3. arrha dicitur tanquam teſſera initorum ſponſalium; pœna vero adjicitur, ut cogat ad matrimonium; ſed nulla ex his ratio obſtat; ergo argumentum ab arrha ad pœnam procedit. Non prima, quia in arbitrio ſtat contrahentium, quantum arrhæ nomine dare velint. *L. 5. C. de ſponſal.* Non ſecunda, quia non debet homo juſtus facilior eſſe ad promittendum, quam ad dandum, ſed id ſolvat, neceſſe eſt, quod promiſit, juxta illud:

Verba ligant homines, taurorum cornua funes.
Cornu bos capitur, voce ligatur homo.

Non tertia, quia ſi pœna cogit ad matrimonium, cogit etiam arrha. Ideo enim illa cogit ad matrimonium, quia facit, ut metu ejus incurrendæ quis contrahat matrimonium; ergo etiam iſta cogit, quia facit, ut metu ejus amittendæ, vel duplicatas ſolvendi quis contrahat matrimonium. Ita more ſuo ſolide *Glettle loc. cit.*

Ad *1mum* ſententiæ negativæ argumentum ℞. Quod *d. cap. gemmæ. 29.* 14
de eo caſu intelligendum ſit, quo juſta cauſa ſubeſt reſiliendi a ſponſalibus. Sane ego ipſe ultro largior, tale pactum ſpon-

ſponſalibus adjectum non valere. *Si alterutra pars, quæ etiam juſtam reſilirendi cauſam habuerit, à ſponſalibus receſſerit, ſolvat in pœnam mille*, quia ſic reſtringeretur libertas matrimonii, & id genus pactum diametraliter contra diſpoſitionem legis apponeretur, quæ vult, & diſponit, quod cum juſta cauſa à ſponſalibus reſilire liceat. Proinde noſtra deciſio in eo duntaxat caſu procedit, quo quis ſine juſta cauſa à ſponſalibus reſilire præſumeret.

Ad *2dum* R. Textum audiendum eſſe de caſu, quo parentes liberorum ignorantium nomine contrahunt ſponſalia, tunc enim honeſtas non patitur, ut metu pœnæ liberi cogantur ad matrimonium. Hæc ipſa ſolutio etiam primo argumento negativæ ſententiæ applicari poteſt, uti legenti *d. cap. gemma.* ſe ipſo parebit.

Ad *3tium* R. In illa lege ſtatui, quod pœna conventionalis non poſſit quadruplum intereſſe tranſcendere. Vel dic *d. l. 5.* loqui de arrhis, atque ſtatuere, non licere ultra ſtipulari, quam ut arrhæ quadruplicatæ reſtituantur; non vero aliquid ſancire circa caſum, quo pœna conventionalis ſponſalibus adjecta fuit. *Fram. loc. cit.*

Diſpeximus, quomodo ſponſalia contrahantur: ſupereſt, ut agamus de modis, quibus diſſolvuntur, & quidem

25 *Primo* ſolvuntur ſponſalia mutuo contrahentium diſſenſu, *cap. 2. de ſponſ.* Nihil enim tam naturale, quam unumquodque eo modo diſſolvi, quo colligatum eſt. *cap. 1. de R. I. in 6. l. 35. ff. eod.* Cum ergo ſponſalia conſocientur mutuo conſenſu, diſſenſu mutuo rurſus diſſociari poſſunt. Quod procedit, licet ſponſalia juramento firmata fuerint, quoniam juramentum ſequitur naturam actus, cui adjicitur, *cap. 25. ✠ de Jurejur.* cum ergo ſponſalia mutuo diſſenſu ſolvantur, quidni & juramenti obligatio diſſolvetur? Accedit, quod per tale juramentum non DEO, ſed illi quæratur obligatio, in cujus favorem emiſſum eſt, nec aliter à DEO acceptetur, quam quatenus ab homine, in cujus gratiam factum eſt; cum ergo in favorem contrahentium adjectum fuerit, poterit mutuo diſſenſu iterum diſſolvi, favori enim pro ſe inducto quisque recte renuntiat. *L. pen. C. de pact. ita Engl. §. 3. n. 2. loc. cit. Harp. Inſtit. l. 1. n. 52.*

Secundo ſolvuntur ſponſalia ingreſſu religionis, *Concil. Trident. ſeſſ. 24. de Sacrament. Matrimon. cap. 6.* Habent enim ſponſalia ex diſpoſitione Juris inbibitam tacitam conditionem: *Niſi placeat religionem ingredi.* Hæc conditio proinde ſi exiſtat, perdunt vim obligandi, adeoque reſolvuntur. Sane licet ſponſalia ingreſſu religionis illico ſolvantur ex parte manentis in ſæculo; ex parte illius tamen, qui religionem ingreſſus eſt, non aliter diſſociantur, quam ſi actualis profeſſio ſubſecuta fuerit Ratio ex parte manentis in ſæculo eſt, quia grave foret tanto tempore expectare, & deinde nubere ei, qui cappam tulit, & notam levitatis, atque inconſtantiæ de ſe præbuit

Ratio ex parte ingredientis, quod non niſi ſubſecuta profeſſione ſolvantur, quia per ſuum factum, quod doloſum eſſe potuiſſet, Jus alteri quæſitum auferre non potuit. Ita docent *Layman. tit. 10. p. 2. cap. 2. n. 3. Engl.*

§. 3. *n* 7. *loc. cit.* Ubi infert, quod ſi pars ingreſſa iterum egrederetur, & pars remanens ei nubere vellet, teneretur ingreſſus ſponſalia implere, quoniam per factum ſuum non potuit Jus alteri quæſitum tollere. Vide *Franz. loc. cit. n. 21. Zoeſ. ad decret. de ſponſal. n. 28.*

16 Q. VI. An ſolvantur etiam per nudum votum ingrediendæ religionis? ℞. Ex parte manentis in ſæculo omnino diſſolvi, non vero ex parte voventis.

Ratio prioris eſt, quia cenſetur ex ſua parte renuntiare ſponſalibus vovendo religionem.

Ratio poſterioris, quia ſponſalia non ſolvuntur nudo ingreſſu religionis; ergo neque nudo voto ingrediendæ religionis. *Conf. prob.* Ideo non ſolvuntur nudo ingreſſu religionis, quia contingere poteſt, ut ingreſſus egrediatur. at contingere etiam poteſt, ut is, qui religionem vovit, non ſuſcipiatur, aut ſuſceptus non perſeveret; ergo ſi ſponſalia non ſolvuntur nudo ingreſſu religionis, neque ſolventur nudo voto ingrediendæ religionis. *Wex. de ſponſal. p. 1. §. 7. n. 27. & ſeqq. confer. Sanchez lib. 1. diſp. 46.*

Limitantur prædicta, ut videlicet neque religionem ingredi, neque eam vovere liceat, ſi fieret cum gravi, & irreparabili damno alterius partis, v. g. infamiam paſſuræ, eo, quod ſpe matrimonii jam fuerit corrupta, & imprægnata. *Laymann de ſponſal cap. 2. n. 4. Engl. loc. cit. n. 8. Sanchez. lib. 1. diſp. 43.*

Q. VII An per ſimplex votum caſtitatis ſolvantur ſponſalia ex parte votum emittentis? ℞. Negative, quia votum, vel juramentum in alterius præjudicium non obligat; ſed tale votum eſt in alterius præjudicium; ergo non obligat. Voventem tamen in tantum obligat, ut contracto matrimonio debitum conjugale nunquam petere poſſit, vel audeat, ſed tantum reddere, niſi legitimam diſpenſationem ab Epiſcopo obtinuerit. *Engl. l. cit. pulchre, & fuſe Sanchez. lib. 1. diſp. 46. n. 10.* ubi dicit, indiſtincte tamen tenendum ex parte alterius ſolvi ſponſalia, quia vovens caſtitatem eo ipſo ſponſalibus renunciat, & deinde, quia vovens tenetur a petendo debito conjugali abſtinere, graviſſimum onus alteri eſſet ſemper petere, maxime ſi eſſet fœmina verecunda.

Tertio: ſolvuntur ſponſalia de futuro, etiam quibus copula carnalis acceſſit, per ſponſalia de præſenti, ſive per matrimonium cum alia perſona contractum, utpote quod eſt vinculum fortius, & habet rationem Sacramenti, *cap. 20. de ſponſal. cap. 22. eod. & cap. 1. de ſponſa duorum.* Ratio alia, quia Jus in re eſt potentius Jure ad rem, *arg. l. 15. C. de R. V.* ergo cum matrimonium ponat Jus in re, ſponſalia vero tantum Jus ad rem, fortius Jus erit ex matrimonio reſultans *Sanchez. lib. 1. diſp. 48. Engl. §. 2. n. 3. loc. cit.*

Q. VIII. Quid Juris, ſi ratione priorum ſponſalium prohibitio Epiſcopi intervenerit, qua tamen non obſtante, matrimonium contractum ſit? ℞. Nihilominus valere matrimonium contractum, & priora ſponſalia diſſolvi. *Ita Engl. loc. cit. & Zoeſ. ad decret. lib. 4. tit.*

4. *tit. 16.* Ratio, quia prohibitio Epiſcopi, ſeu interdictum Eccleſiæ, tantum ponit impedimentum impediens, quod nuptias facit quidem illicitas, non vero invalidas.

Non obſtat *cap. 2. de ſponſa duor.* his verbis: *Accepiſti illam uxorem, quam alter ſibi deſponſavit, dimitte illam, quia nunquam poteſt tibi fieri legitima.* R. enim *de cap* 2. eſſe intelligendum de caſu, quo quis duxit illam, quæ alteri jam de præſenti deſpouſata erat, ſive, ut clarius loquar, dico *cap.* 2. intelligendum eſſe de caſu, quo priora ſponſalia non fuerunt de futuro, ſed de præſenti. Nos autem ipſi concedimus ſponſalia de præſenti, ſeu per matrimonium non ſolvi ſponſalia de præſenti.

Neque adverſatur *cap. pen. eod. tit.* ubi Epiſcopo datur poteſtas irritandi, atque annullandi matrimonium contra prohibitionem Eccleſiæ contractum. Enim vero R. in caſu *d. cap. pen.* Epiſcopum accepiſſe illam poteſtatem irritandi ex ſpeciali privilegio Pontificis, quæ poteſtas alias regulariter Epiſcopo non competit. Pontifex vero matrimonium ita prohibere poteſt, ut contra prohibitionem contractum ipſo Jure nullum ſit, ſed requiritur expreſſe clauſula irritans, ſimplex enim prohibitio matrimonium ſubſecutum non ponit nullum, pulchre *Engl. lib. 4. tit. 2. §. 2. n. 4. Zoeſ. d. l.* ulterius.

87 Q. IX. An priora ſponſalia de futuro per poſteriora de præſenti ita ſolvantur, ut omnis in perpetuum obligatio tollatur: an vero matrimonio forte per aliquod impedimentum dirimens, vel mortem dirempto reviviſcant? R. In utramque partem magno DD. diſſidio agitatam eſſe hanc controverſiam.

Prima ſententia docet, ſponſalia totaliter ſoluta eſſe, nec ullo tempore, vel modo reviviſcere. Ita *Sanchez. lib. 1. diſp. 48. n. 3. Pirrhing. de ſponſal. ſect. 2. §. 3. n. 59. Laymann tit. 10. p. 1. cap. 2 n. pen.*

Moventur 1*mo:* quia obligatio priorum ſponſalium extincta eſt per matrimonium. Obligatio autem ſemel extincta non reviviſcit ſine utriusque conſenſu, ne quis invitus in obligationem trahatur. *L. 98. § arcam. ff. de ſolut.*

Moventur 2*do:* Obligatio ex voto ingreditudi religionem ſtrictiorem totaliter extinguitur per profeſſionem in religione minus ſtricta; *c. 5. de Regularib. in 6.* ergo etiam obligatio ex ſponſalibus de futuro totaliter extinguetur per ſubſequens matrimonium. *Conſ. oſtendo.* Ideo obligatio ex voto ingrediendi religionem ſtrictiorem totaliter extinguitur; quia obligatio ex profeſſione tanquam fortior extinguit obligationem minus fortem ex voto ſimplici; ergo etiam obligatio ex ſponſalibus de futuro totaliter extinguitur per ſubſequens matrimonium, quia obligatio ex matrimonio tanquam fortior extinguit obligationem minus fortem ex ſponſalibus.

Verum ſententia contraria magis arridet, quæ docet, matrimonio per impedimentum dirimens, vel mortem ſoluto reviviſcere ſponſalia. *P. König lib. 4. p. 1. §. 10. n. 26. Ebberth. ſelect. quæſt. 24. Wex. de ſponſ. p. 1. §. 7. n. 13. Zoeſ. ad Decret. de ſponſ. n. 34. Franz. loc. cit. n. 22.*

Pro-

Probatur hæc ſententia *1mo*: Qui votum emiſit ingrediendæ religionis, non liberatur omnino per ſubſequens matrimonium; ſed mortua uxore ſua tenetur obligationi ſuæ ſatisfacere, prout omnes, imo & ipſi adverſarii admittunt, ergo etiam, qui contraxit ſponſalia cum una, non liberabitur ab obligatione ſua per ſubſequens matrimonium cum alia contractum, ſed tenebitur uxore mortua obligationi ſuæ ſatisfacere.

2do: Qui rem duobus vendidit, & ſecundo tradidit, licet non poſſit amplius primo tradere, non tamen liberatur venditor ab obligatione, qua primo tenetur, ſed ſi rem poſtea conſequatur, compelli poteſt, ut primo emptori tradat; ergo idem in noſtro caſu a paritate dicendum.

3tio: facit & iſta ratio, quod nemo ex delicto ſuo commodum ſentire debeat, & alterum per factum ſuum Jure quæſito privare, prout ſequeretur, ſi prior ſententia concederetur.

Ad *1mum* ℞. Hoc ipſum in quæſtione eſſe, utrum in præſenti caſu totaliter extincta ſit prior obligatio ſponſalium, an vero durante matrimonio ſuſpenſa maneat; quod ultimum nos aſſerimus

Dices: Si alienum ſervum promiſi, & is a domino manumiſſus eſt, liberor ab obligatione, etſi idem ſervus rurſus ſervus effectus ſit, *d. l. 98. §. 8. ff. de ſolut.* ergo ſimiliter, ſi poſt inita ſponſalia contraham matrimonium, liberor a priori obligatione, etſi caſu aliquo matrimonium diſſolvatur. *Probatur.* Ideo enim priori caſu liberor ab obligatione tradendi, vel procurandi ſervi, quia obligatio ſemel extincta, ſemper extincta manet; ergo etiam in poſteriori caſu ideo liberabor ab obligatione priorum ſponſalium, quia horum obligatio ſemel extincta, manet extincta ℞. *Conc. ant. neg. conſ.* ad probationem iterum *neg. ſuppoſitum conſequentiæ.* Ratio vero, quare per manumiſſionem omnis obligatio tollatur, non vero per matrimonium, diſparitatis eſt: quia obligatio tradendi, libertati diametraliter reſiſtit, & cum libertate non poteſt ſimul ſubſiſtere: contra vero obligatio ſponſalitia cum obligatione matrimoniali recte conſiſtit, non quidem, ut durante matrimonio executioni mandetur, ſed interim ſuſpenſa & ſopita maneat. Deinde in caſu priori, quo ſervus alienus manumittitur, non concurrit factum promittentis: ſecus in caſu, quo cum poſteriori ſponſa matrimonium contrahitur.

Ad *2dum* ℞. *conc. ant. neg. conſ.* Diſparitas eſt, quia in priori caſu unus tantum idemque eſt creditor, puta DEUS, qui majoris cenſetur æſtimare obligationem, quæ conſurgit ex actuali profeſſione, quam illam, quæ naſcitur ex nudo voto ingrediendæ religionis. In poſteriori vero caſu ſunt duo & diverſi plane creditores, quorum unus non cenſetur Jure ſuo cadere propterea, quod alteri ſit factum ſatis. Aliter reſpondet *Wex. loc. cit. n. 13. atque d. cap.* 5. contineri ſpecialem diſpoſitionem, quæ conſulit paci monaſteriorum, ne profeſſi in religione laxiori cum tumultu extrahi debeant. Adhuc

Q. X. An ſponſalia priora ſolvantur per poſteriora juramento, vel copula carnali confirmata.

℞. *1mo*:

18 ℞. *1mo*: Per poſteriora jurata non ſolvi priora, quia juramentum, quod vergit in diſpendium animæ, & præjudicium tertii, non eſt obligatorium; *cap. 18. de jurejur.* atqui id genus juramentum vergit in diſpendium animæ, quia priora ſponſalia ſub mortali peccato obligant, & in præjudicium tertii, quia priori ſponſæ competit Jus quæſitum: ergo non eſt ſervandum. Ita *Engl. n. 5. Sanchez. lib. 1. diſp.* 50. ubi infert ex parte illius, cui prior fides data erat, ſolvi ſponſalia, ſi velit quoniam contrahens cum alia jurato prioribus ſponſalibus renuntiaſſe intelligitur.

19 ℞. *2do*: Si ante decretum *Trident. Seſſ. 24. cap. 1. de matrim.* ſermo inſtitueretur, & copula cum poſteriori affectu conjugali eſſet habita, dubium nullum eſſe priora ſponſalia diſſolvi, quia poſteriora tranſibant in matrimonium. Cum vero nunc ceſſarit matrimonium illud præſumptum, tenendam eſt non dirimi priora ſponſalia, quia fides poſterius data in præjudicium prioris irrita eſt, & talis copula ſubſequens mere fornicaria eſt, ſicuti autem copula mere fornicaria, & ſine affectu conjugali habita etiam ante Tridentinum Concilium nihil operabatur, ita neque hodie quidquam operatur. *Sanchez lib. 1 diſput. 49. Zoëſ. in Jus Canon. de ſponſ. num.* 36.

Obj. Si una eademque res duobus vendatur, is eſt potentior, cui prius tradita; *l. 15. C. de R. V.* ergo etiam ſponſalia, cui copula acceſſit, erunt potiora, quia copula loco traditionis habetur. ℞ *neg. conſ.* quia in poſteriori caſu non intervenit traditio valida, ſicuti in priori caſu. Ad hoc, ut acquiratur alicujus rei dominium, vel Jus in re, requiritur valida cauſa tranſlativa dominii, qualis non eſt copula fornicaria in ordine ad matrimonium.

Sane ſi poſterior ſponſa aliter indemnis ſervare nequeat, & inſuper magnum damnum & honoris jacturam pateretur, ex æquitate illa ducenda foret, ne indulta tam benigniter proruendi in corpus licentia in grave ejus detrimentum retorqueatur. Deinde quando duæ obligationes concurrunt, quæ ſimul ſtare nequeunt, debilior perimitur per fortiorem; ſed obligatio ex ſponſalibus copula carnali roboratis reſultans, videtur eſſe fortior ob damnum ſcilicet illatum; ergo.

Quarto ſolvuntur ſponſalia lapſu temporis, ſi videlicet ſponſalibus finiendis certum tempus & terminus fuerit præfixus, eo elapſo, ſi matrimonium non ſit contractum, ſolvuntur ſponſalia. *cap. 22. h. t. Engl. n. 9. Zoëſ. n. 39. Sanchez. lib. 1. diſp. 53.*

Quinto ſolvuntur ſponſalia ex cauſa abſentiæ, puta, ſi alterutra pars non habita licentia, vel altera non conſentiente, in longinquas terras abierit, & diuturnam abſentiam fecerit. Tunc liberum eſt parti, quæ non eſt profecta, ad alias nuptias tranſire. *cap. 5. de ſponſal.*

Quantum autem temporis abſentiæ requiratur, in Jure Canonico determinatum non eſt. De Jure Civili talis ſolet adhiberi diſtinctio, ut ſi ſponſus ex cauſa neceſſaria, forte Reipublicæ, abſit, ſponſa teneatur reditum expectare, ne officium abſenti ſit damnoſum. Si vero ex cauſa voluntaria abſit, ſponſa teneatur per biennium, ſi ſimul ſponſus

ſus moretur intra provinciam; ſi extra provinciam, per triennium expectare. *L. 2. C. de ſponſ.*

20 *Sexto* ſolvuntur ſponſalia ex cauſa fornicationis, puta, ſi poſt contracta ſponſalia pars alterutra cum tertia perſona ſe commiſceat; tunc enim pars innocens reſilire poteſt a ſponſalibus, quia hanc conditionem in ſe continent: *Si fides data ſervata fuerit.* Si uterque ſponſus fuerit fornicatus, tunc neuter a ſponſalibus reſilire poteſt, quia delicta mutua compenſatione tolluntur. Deinde, licet matrimonium ob adulterium ſeparari poſſit quoad thorum, & menſam, ſi tamen uterque conjux pari crimine ſe contaminaverit, delicta mutua compenſatione tolluntur; *cap. pen. & ult. de adult.* ergo etiam licet ſponſalia ſolvi poſſint ob fornicationem, ſi tamen uterque ſponſus pari crimine ſe contaminaverit, ſolvi non poterunt, quia delicta mutua compenſatione tolluntur.

21 Mihi, ut verum fatear, hæc doctrina non placet, ſed teneo cum *Sanchez lib. 1. diſp. 55. n. ult. item cum Pirrhing. loc. cit. ſect. 2. §. 3. n.* 62. quod ſponſus non teneatur ducere ſponſam, quæ fornicationem paſſa eſt, licet ipſe ſponſus etiam fornicatus ſit. Ratio eſt: quia fornicatio multo fœdior, ipſique ſponſo deteſtabilior eſt in muliere, quam tota viria, adeoque delicta pari turpitudine non cenſentur compenſari.

Ad rationem a paritate adulterii deductam reſpondetur, non eſſe eandem rationem adulterii & fornicationis a ſponſo commiſſæ; in adulterio enim, ſi ob id divortium conceditur, ſpectatur fides conjugalis, quæ æque a viro, atque ab uxore violatur, cum uterque per matrimonium ad eam ſervandam æque ſe adſtrinxerit. Econtra in fornicatione ſponſorum in ordine ad diſſolutionem ſponſalium non ſolum attenditur fidei ſponſalitiæ violatio, ſed & infamia, aliaque damna, quæ ex ea ſponſis reſultant.

Brevius reſpondetur dicendo, longe difficilius permitti divortium, ſeu ſeparationem matrimonii quoad thorum, quam diſſolutionem ſponſalium, quæ ob quamvis notabilem rerum mutationem fieri poteſt. *Franz. Inſt. loc. cit. n.* 26.

Septimo ſolvuntur ſponſalia, ſi impedimentum aliquod dirimens, v. g. conſanguinitatis, vel affinitatis inter deſponſatos detegatur; cum enim ſponſalia tendant ad nuptias, non poſſunt non diſſolvi, quia nuptiæ civiliter ſunt impoſſibiles. Sed fac, quod quis poſt contracta jam ſponſalia cum ſorore ſponſæ fornicatus ſit, & ſic ſua culpa impedimentum dirimens conſtituerit, teneturne diſpenſationem impetrare? Reſpondetur teneri, ne alias ſponſus ex ſua iniquitate lucrum ferat, & alteri ſponſæ jus quæſitum tollat. Ita *Wex. p. 1. §. 7. n.* 11 *Sanch. lib. 1. diſp.* 56.

Illud alta mente repoſtum eſto, in modo probandi tale impedimentum notabilem differentiam eſſe inter matrimonium, & ſponſalia. Nam matrimonium de facto contractum non dirimitur, niſi impedimentum plene probetur, & in dubio potius pro matrimonio judicatur, cujus ſeparatio plerumque ſcandaloſa eſt. *c. ult. de ſent. & re jud.*

At vero in ſponſalibus de futuro etiam ſola fama, dictum unius teſtis, vel alia ſemiplena probatio de impedimen-

mento ſufficit, ut ſponſalia diſſolvi poſſint, & debeant; cum enim agatur de periculo peccati, tutior eſt ſententia, quæ a matrimonio contrahendo coercet. *Engl. tit. 1. §. 3. n. 6. Sanchez lib. 1. diſp. 71. per tot.*

Octavo & ultimo diſſolvuntur ſponſalia, ſi poſt illa contracta ob accedens non prævíſum difficilius reddatur matrimonium. Sponſalibus enim hæc ineſt conditio: *Si omnia maneant in eodem ſtatu.* Ergo ſi ſtatus notabiliter mutetur; deſinunt obligare ſponſalia. Hinc ſua ſponte ſequitur, ſponſum poſſe reſilire a contractu ſponſalitio, ſi ſponſa ab alio etiam violenter fuerit cognita, tametſi enim culpa careat, difficilius tamen redditur matrimonium.

Item ſi notabilis deformitas, aut morbus difficulter curabilis, v. g. Epilepſia, lues Venerea, lepra, &c. ſponſam invaſerit, quia nemo cum hisce defectibus præſumitur ſe obligare voluiſſe ad nuptias.

Pariter, ſi paupertas ſupervenerit, vel gravis infamia, vel morum aſperitas, vel ebrioſitas, vel etiam gravis inimicitia inter conſanguineos, qui ſe opponunt, a ſponſalibus facile quis reſilire poterit. *Engl. d. loc. n. 11. Khnig de ſponſal. p. 1. § 10. n. 75. & ſeqq. Sanchez lib. 1. diſp. 57. 58. & 59.*

Hucusque diſcuſſimus ſponſalia, ſequitur de nuptiis. Cum vero inter certas perſonas propter conſanguinitatem & affinitatem nuptiæ prohibeantur, ideo comprimis agendum duxi de computatione graduum conſanguinitatis & affinitatis, quos noviſſe JCti perquam multum intereſt.

22 *Primo*: Quia matrimonium in certis gradibus eſt prohibitum, *cap. 8. ✠ de conſang. & affinit.* ideo, in quoto gradu prohibeatur, Jurisperitus ſcire debet. *Secundo*, intereſt gradus noviſſe, quia per gradus deferuntur hæreditates, & proximior excludit remotiorem a ſucceſſione defuncti, niſi Jus repræſentationis locum habeat. §. 5. *Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ. Tertio*, quia ſecundum gradus deferuntur tutelæ. *Quarto denique* intereſt JCti noviſſe gradus propter teſtimonia; inter aſcendentes & deſcendentes enim regulariter non admittitur teſtimonium, *l. 6. C. de teſtib.* & conſanguinei collaterales inviti non coguntur ferre teſtimonium adverſus cognatos, *l. 4. ff. de teſtib.* volentes tamen teſtes eſſe poterunt. *cap. licet ✠ de teſtib.* Hinc, ſi tales perſonæ teſtimonium ferant, conſultum eſt notare, volentes dixiſſe. *Schneid. de nupt. n. 1.*

Conſanguinitas *eſt vinculum perſo* 23
narum ab eodem ſtipite deſcendentium carnali propagatione contractum.

Conſtat hæc conſanguinitas potiſſimum tribus, puta, linea, gradu, & ſtipite.

Linea eſt ſeries, ſive collectio perſo- 24
narum, ab eodem propinquo ſtipite deſcendentium, poſteriores ab anterioribus diſtinguens.

Dividitur linea in *rectam* & *obliquam*.

Recta iterum eſt, vel *aſcendentium*, vel *deſcendentium*. Linea recta aſcendentium continet perſonas, quibus originem noſtram debemus, v. g. pater, avus, proavus, atavus, tritavus, &c. Linea recta deſcendentium continet perſonas a nobis genitas, ut eſt, filius, nepos, pronepos, abnepos, &c.

Linea obliqua ſeu transverſa dicitur, quæ complectitur illas perſonas, quarum una alteram non genuit, & tamen ab una ſtirpe, & ſanguine propagatæ ſunt, v. g. frater, ſoror, & eorum liberi. Item patruus, amita, avunculus, matertera, &c.

Dividitur linea obliqua in *æqualem* & *inæqualem*. *Æqualis* dicitur, quæ continet perſonas æqualiter a communi ſtipite diſtantes, v. g. duo fratres; æqualiter enim diſtant a communi ſtipite, ſcilicet uno gradu. *Inæqualis* illa dicitur, quæ continet perſonas, quarum una eſt remotior a communi ſtipite, quam altera, uti v. g. frater & fratris filius.

Gradus eſt intervallum, quo agnoſcitur, quæ perſona ſtipiti ſit propior, ſive eſt diſtantia unius perſonæ ab alia. Dicitur autem gradus ad ſimilitudinem ſcalarum, quas ita ingredimur, ut a proximo in proximum tranſeamus.

Stipes & perſona, a qua ceteræ perſonæ, de quarum conjunctione quæritur, deſcendunt, & originem ducunt. Sic avus eſt ſtipes reſpectu nepotis. *Schmeid. n. 4.*

25 Computatio graduum aliter conſtituitur de Jure Civili, aliter de Jure Canonico.

De Jure Canonico (cui in materia matrimoniali, utpote ſpirituali ſtandum) triplex regula aſſignatur.

26 *Prima* locum ſortitur in linea recta, ſeu aſcendentium & deſcendentium, & eſt hæc: *Tot ſunt gradus, quot ſunt perſonæ una dempta, ſive ut alii dicunt, tot ſunt gradus, quot ſunt generationes usque ad illam perſonam, de cujus cognatione quæritur.* Itaque ſi ſcire velim, quoto gradu nepos diſtet ab avo: tunc enumero iſtas duas, & omnes alias intermedias perſonas, atque tot erunt gradus, quot perſonæ, una dempta. Sic dico: avus, filius, nepos, ſunt tres perſonæ: una dempta manent duæ, ergo nepos diſtat ſecundo gradu ab avo. Vel ſecundum alteram regulam dico: avus genuit filium, eſt una generatio, & unus gradus. Filius genuit nepotem, eſt ſecunda generatio, conſequenter ſecundus gradus.

Item, ſi ſcire velim, quoto gradu Joſephus Primus Rex Romanorum diſtet a Ferdinando Secundo proavo ſuo: tunc enumero iſtas duas, & intermedias perſonas, & erunt tot gradus, quot perſonæ, una dempta; ſic dico: v.g. Ferdinandus Secundus, Ferdinandus Tertius, Leopoldus Primus, Joſephus Primus, ſunt quatuor perſonæ, una dempta, remanent tres; ergo Joſephus Primus diſtat tertio gradu a Ferdinando Secundo, proavo ſuo. Ut res fiat luculentior, figuram accipe, ex qua colligere poſſis, quoto gradu ego diſtem ab abavo meo.

Abavus.
Proavus.
Avus.
Pater meus.
Ego.

En! quinque perſonæ prodeunt, ut ergo intelligere poſſis, quoto gradu ego diſtem ab abavo meo, deme ſtipitem, ſive unam perſonam, & remanebunt quatuor, ut proinde ab abavo meo diſtem quatuor gradibus, quia tot ſunt gradus, quot perſonæ, una dempta.

Aliud exemplum, quo patebit, quo-

to gradu diſtem a patre meo. Pone:

Pater.
Ego.

Ecce! ſunt duæ perſonæ, una dempta, remanet una; ergo uno gradu diſto a patre meo, quia tot ſunt gradus, quot perſonæ, una dempta.

Aliud exemplum, quo intelliges, quoto gradu diſtem ab atavo meo. Pone:

Atavus.
Abavus.
Proavus.
Avus.
Pater meus.
Ego.

Ecce! prodeunt ſex perſonæ, una dempta, remanent quinque; ergo quinto gradu diſto ab atavo meo; quia tot ſunt gradus, quot perſonæ: una dempta ſunt quinque perſonæ; ergo quinto gradu diſto ab atavo meo.

Eadem regula, quæ pro linea recta aſcendentium traditur, locum habet in linea deſcendentium. Ut ecce! Quæritur quoto gradu a me diſtet abnepos? Pone:

Ego.
Filius meus.
Nepos.
Pronepos.
Abnepos.

Ecce! ſiſtuntur quinque perſonæ, una dempta remanent quatuor; ergo abnepos meus diſtat a me quarto gradu, quia tot ſunt gradus, quot perſonæ, una dempta.

Aliud exemplum, quo patebit, quoto gradu meus pronepos diſtet ab avo meo.

Avus meus
Pater meus.
Ego.
Filius meus.
Nepos.
Pronepos.

En! proſtant ſex perſonæ, una dempta remanent quinque; ergo avus meus diſtat a pronepote meo quinque gradibus, quia tot ſunt gradus, quot perſonæ una dempta.

Secunda regula in linea collateralium 27
æquali eſt talis *Quoto gradu diſtat uterque a communi ſtipite, eodem gradu diſtant inter ſe.* Sic quæritur, quoto gradu diſtent duo fratres? Ut hoc intelligas, oportet ab illis perſonis, de quarum cognatione quæritur, numerando aſcendere usque ad illam perſonam, in qua conveniunt, ſive usque ad ſtipitem, quod, ut clarius reddatur, figuram cape.

Pater.
Frater unus. Frater alter.

Ecce! ſtipes ſive perſona, in qua fratres conveniunt, eſt pater, aſcende ergo a fratre usque ad ſtipitem, & reperies, quod uterque frater uno gradu a ſtipite communi diſtet; ergo etiam uno gradu ipſi fratres invicem diſtant: quoto enim gradu diſtat uterque a communi ſtipite, eodem gradu diſtant inter ſe.

Aliud exemplum, quo patebit, quoto gradu diſtet filius meus a filia ſororis meæ.

Ecce! ſtipes, ſive perſona, in qua ego & ſoror mea convenimus, eſt pater noſter, aſcende ergo a filia ſororis meæ, & reperies, quod illa duobus gradibus, ſicut filius meus a meo patre di-

diſtet; ergo diſtant invicem duobus gradibus.

Pater.	
Ego.	Soror.
Filius.	Filia ejus.

Aliud exemplum, quod docebit, an duorum fratrum nepotes poſſint contrahere matrimonium, figura exempli talis eſt:

Pater.	
Frater unus.	Frater alter.
Filius ejus.	Filius ejus.
Nepos.	Neptis.

Ecce! in poſita figura debeo primum obſervare & inquirere, quis ſit ſtipes, ſive in quo ambo fratres conveniant, qui utique in patre, qui reſpectu nepotis, & neptis eſt proavus, conveniunt. Hoc habito incipio a viro, de cujus nuptiis quæritur, uti in dicto exemplo eſt nepos, & aſcendo ſurſum per ſingulos gradus, proximum ſemper numerando, & notando, donec ad communem utriusque fratris patrem, ſive ſtipitem devenio. Poſtea vero deſcendo deorſum, eodem prorſus modo, donec perveniam ad mulierem, de cujus conjunctione quæritur. Hoc facto ſtatim apparebit, utrum æqualiter a communi ſtipite diſtent, an inæqualiter, atque ita cum in dato exemplo æqualiter diſtent a communi ſtipite tribus gradibus, ideo etiam diſtant invicem tribus gradibus; quoto enim gradu diſtat uterque a communi ſtipite, eodem gradu diſtant inter ſe.

Quæres: Poſſumne ducere filiam amitæ meæ? ℞. *negative*, quia mihi in ſecundo gradu juncta eſt. Ut ecce!

Avus.	
Pater meus.	Amita, ſive ſoror Patris.
Ego	Filia ejus.

Quæres iterum: Neptis mea poteſtne nubere nepoti patruelis mei? ℞. *negative*, quia ſunt ſibi invicem in quarto gradu juncti. Ut ecce!

Avus.	
Pater.	Patruus.
Ego.	Patruelis.
Filius meus.	Filius ejus.
Neptis mea.	Nepos.

Caſus poſitæ figuræ talis eſt. Meus pater habet fratrem, qui eſt meus patruus. Iſte habet filium, qui eſt meus patruelis, ſumus enim duorum fratrum filii. Iſte patruelis habet nepotem, & ego neptem. Hæc neptis non poteſt nubere patruelis mei nepoti, quia diſtant quarto gradu juxta regulam: quoto gradu diſtant ambo a communi ſtipite, eo gradu diſtant inter ſe.

Quæres denique. An materteræ magnæ abneptis poſſit nubere nepoti meo? ℞. *affirmative*, quia quinto gradu invicem diſtant. Ut ecce!

Proavus.	
Avia mea:	Soror ejus, ſive Matertera magna.
Mater mea.	Filius.
Ego.	Nepos.
Filius.	Pronepos.
Nepos.	Abneptis.

Tertia regula locum habet in linea 28
inæquali collateralium, & eſt iſta: *Quoto gradu diſtas remotior a communi ſtipite, eodem gradu diſtant inter ſe.* Sic, ſi ſcire velim, quoto gradu fratris mei filia diſtet a me, videre debeo, quoto gradu diſtet a ſtipite, ſive ab illa perſona, in quo ego & frater meus convenimus. Hoc habito incipio a remotiori perſona numerando ſurſum aſcende-

dere, & gradus computare. Quoto deinde gradu diſtat a communi ſtipite, eodem etiam diſtat a me. Ut ecce!

Pater.	
Ego.	Frater meus.
	Filia ejus.

Aliud exemplum, quod oſtendet, an ego poſſim matrimonium contrahere cum nepte fratris mei? Et reſpondetur, quod non, quia eſt mihi in tertio gradu juncta.

Pater.	
Ego.	Frater meus.
	Filius ejus.
	Neptis.

Ecce! Neptis a patre meo diſtat tertio gradu, & eſt remotior; ergo diſtat tertio gradu a me.

Quæres, an ego poſſim ducere filiam patruelis mei? ℞. *negative*, quia eſt mihi in tertio gradu juncta. Ut ecce!

Avus.	
Pater.	Patruus.
Ego.	Filius, ſive patruelis.
	Filia.

Ecce! pater meus, & ejus frater, qui eſt meus patruus, conveniunt in meo avo. Filia vero mei patruelis diſtat ab avo, veluti ſtipite tertio gradu, & eſt remotior; ergo diſtat etiam tertio gradu a me.

Quæres iterum: An poſſim promaterteram ducere? ſive an poſſim ducere meæ proaviæ ſororem? Et ℞. quod non, illa enim mihi eſt in quarto gradu juncta, prout ſequens figura demonſtrabit; ut poſſim intelligere, quis ſit ſtipes in dato exemplo, debeo perſonam quærere, in qua promatertera & proavia mea conveniunt: & patebit, quod in abavo meo conveniant; habito itaque ſtipite ab hoc deſcendo ex uno latere usque ad me, de cujus ſcilicet nuptiis quæritur: & ex altero latere aſcendo numerando gradus, deinde video, quis ſit remotior, & eo gradu, quo hic diſtat a ſtipite, eo gradu diſtat a me. Sit itaque

Abavus.	
Proavia.	Promatertera.
Avia.	
Mater.	
Ego.	

Quæres rurſus: An nepos meus poſſit ducere patrui mei abneptem? ℞ *affirmative*, quia invicem diſtant quinto gradu.

Avus.	
Pater meus.	Patruus.
Ego	Filius.
Filius meus.	Nepos.
Nepos.	Pronepos.
	Abneptis.

Quæres pro coronide An ego poſſim ducere filiam abamitæ meæ? ſive filiam ſororis mei abavi? In dato caſu imprimis quærendum eſt, ubi abamita, & meus abavus conveniant, & patebit, quod in atavo conveniant. Hoc habito numero gradus, ſicuti in præcedentibus. Itaque ſit

Atavus.	
Abavus.	Abamita.
Proavus.	Filia ejus.
Avus.	
Pater.	
Ego	

Ecce! ego diſto quinque gradibus a filia abamitæ meæ; ergo poſſum illam ducere.

His in anteceſſum præmiſſis,

Q. XI.

29 Q. XI. In quoto gradu ergo prohibitum ſit contrahere matrimonium? ℟. In linea aſcendentium, & deſcendentium matrimonium eſſe prohibitum in infinitum. *L. 53. ff. de ritu nupt. §. 1. Inſt. h. t.* Ratio eſt poſita in unione ſanguinis, quæ inter aſcendentes, & deſcendentes eſt perpetua, adeoque ſequitur: Si Adamus hodie viveret, & uxore alia indigeret, quod nullam habere, vel ducere poſſet. Sunt quidem nonnulli, qui conantur evincere in linea aſcendentium, & deſcendentium impedimentum matrimonii non produci ultra quartum gradum inſtar conſanguinitatis, rationem aſſignant iſtam, quia Jus Canonicum generaliter & indiſtincte ſancit, matrimonium eſſe duntaxat uſque ad quartum gradum incluſive prohibitum, nulla facta differentia inter lineam rectam & obliquam. *cap. non debet. ult. de conſang. & affin.* Hujus ſententiæ etiam eſt *Sanch. lib. 7. diſp. 51. n. 13. ubi ſub n. 20.* aſſerit etiam in linea recta non niſi in primo gradu de Jure naturæ matrimonium eſſe prohibitum, adeoque inſpecto ſolo Jure naturæ inter omnes aſcendentes poſſe conſiſtere matrimonium excepto ſolo patre & matre.

Verum ut ut ſit, de Jure Civili clare, deciſum eſt in linea recta matrimonium eſſe in infinitum prohibitum. *d. l. 53.* quod, cum Jure Canonico mutatum non ſit, ſtandum erit hoc in paſſu Juri Civili claro. *arg. cap. 1. de novi operis nuntiat. Zoëſ. n. 30.* Deinde huic rei anxie ſcrutando inſudare, videtur negotium eſſe abſque fructu, juxta ipſos enim adverſarios matrimonium in linea recta usque ad quartum gradum prohibitum eſt, ſine miraculo autem vix moderna ætate accidet, ut deſcendentes annos vitæ ſuæ in quintum usque gradum producant *Engl. de conſang. & affinit. n. 10.* In linea collateralium matrimonium eſt prohibitum usque ad quartum gradum incluſive. *d. cap. non debet. & cap. ult.* Ratio non eſt alia, quam illa, quod ultra hunc gradum remoti multum alieni ſanguinis ex intermediis matrimoniis jam contraxiſſe videantur.

Poſtquam lanci appendimus graduũ computationem in genere conſanguinitatis poſtular inſtituti ratio, ut diſferamus de affinitate, circa quam noviſſe gradus JCti duplici ex cauſa intereſt. *Primo*, propter teſtimonium: licet enim regulariter quis etiam invitus cogi poſſit ad ferendum teſtimonium, ne veritas occultetur; affines tamen inviti non coguntur dicere teſtimonium contra affines. *l. 10. ff. de grad. & affinib.* *Secundo*, propter matrimonium, Jus enim Civile nefas eſſe duxit, eos, qui affinitatis cauſa inter ſe parentum, liberorumque loco habentur, matrimonio copulari. *§. 6. Inſtit. h. t.*

Affinitas definitur, quod ſit *vinculum perſonarum ex copula carnali reſultans, de ſe non involvens conſanguinitatem.* 30

Dicitur 1. *Vinculum perſonarum.* In hoc enim convenit cum cognatione carnali.

Dicitur 2. *Ex copula carnali reſultans*, in quo diſtinguitur a cognatione carnali, ſive conſanguinitate. Fundamentum itaque affinitatis conſiſtit in copula carnali, ad generationem prolis

lis de ſe idonea, hujus enim adminiculo fiunt duo in carne una, ac cognatio unius trahitur ad fines cognationis alterius. Unde ſua ſponte fluit, ex matrimonio rato affinitatem non conſurgere, quia per matrimonium ratum vir & uxor non efficiuntur una caro, ſed deſideratur ipſa copula carnalis, idonea an generationem; quæ autem talis copula ſit, idonea ad generationem, vide *Sanchez l. 7. diſp. 64. n 7.* ubi id ſolide & perſpicue docet. Ego rem non diſcutio, ſed manum moveo de tabula, ne forte contingat, ut nonnullis dentes in copulam prurire faciam.

Illud memoria tenaci dignum, de Jure Civili non aliter contrahi affinitatem, quam ex juſtis nuptiis & copula licita. De Jure vero Canonico etiam per illegitimam conjunctionem maris & fœminæ, & ſic per illicitum, & fornicatium coitū contrahi affinitatem, quia æque per licitam, quam illicitam copulam cognatio una trahitur ad fines cognationis alterius. *Sanchez d. l. n. 16.*

Pro computatione graduum affinitatis tenendæ ſunt ſequentes Regulæ.

REGULA I.

31 Maritus & uxor non ſunt affines, ſed principium affinitatis, & quaſi ſtipes, ex quo affinitatis gradus numerantur; ſicuti enim punctum ſe habet reſpectu lineæ, ita ſe habet maritus & uxor reſpectu affinitatis, ergo ſicuti punctum non eſt linea, ſed initium lineæ, ita maritus & uxor non ſunt affines, ſed initium affinitatis. *Engl. n. 2. de conſ. & affinit.*

REGULA II.

32 Solus maritus fit affinis conſanguineis uxoris, & ſola uxor fit affinis conſanguineis mariti. Quia ſolus maritus adminiculo copulæ carnalis accedit ad cognationem uxoris, & ſola uxor per nexum carnalem trahitur ad cognationem mariti; ergo inter ſolum maritum & conſanguineos uxoris, ac ſolam uxorem, & conſanguineos mariti conſurgit affinitas. Unde ſequitur

REGULA III.

Inter conſanguineos mariti ex una 33 parte, & conſanguineos uxoris ex altera, non inducitur affinitas ſive, conſanguinei uxoris non fiunt affines conſanguineis mariti, nec conſanguinei mariti fiunt affines conſanguineis uxoris. Ita *cap. 5. de conſang. & affin.* Ratio, quia inter memoratas perſonas nullus intercedit nexus, adminiculo cujus colligarentur; ergo inter memoratas perſonas non conſurgit affinitas.

Unde ſua ſponte fluit a patre & filio duci poſſe matrem & filiam, nec non duos fratres poſſe ducere duas ſorores. Contra, verum maritum non poſſe ducere perſonam uxori ſuæ in quarto gradu junctam.

REGULA IV.

Gradus affinitatis numerantur hoc 34 modo: Quoto gradu quis conjunctus eſt marito in genere conſanguinitatis, eodem gradu junctus eſt uxori in genere affinitatis, & verſa tota, quoto gradu quis conjunctus eſt uxori in genere conſanguinitatis, eodem gradu junctus eſt marito in genere affinitatis. *can. 3. cauſ. 35. q. 5.* Unde, quia frater meus mihi junctus eſt in primo gradu in linea conſanguinitatis, ideo eodem gradu junctus eſt uxori meæ in linea affinitatis. Adeoque ſi conſanguineus tuus ducat uxo-

uxorem, & ſcire velis, in quoto gradu affinitatis ſit tibi conjuncta iſta mulier, vide, quoto gradu tibi conjunctus ſit conſanguineus, & eodem gradu erit tibi ipſius uxor in genere affinitatis.

Dices in L. 4. §. 5. ff. de gradib. & affinit. dicitur, quod nulli ſint gradus affinitatis; ergo fruſtra de gradibus affinitatis agitur. ℞. enim, ſenſum legis eſſe, quod affinitatis non ſint tales gradus, quales conſanguinitatis, adeoque proprii, ſint tamen gradus affinitatis improprii *Engl. n. 3. loc. cit.*

REGULA V.

35 Sicuti de Jure Canonico inter conſanguineos usque ad quartum gradum conſanguinitatis incluſive matrimonium prohibetur, ita quoque usque ad quartum gradum incluſive inter affines collaterales prohibetur matrimonium. *cap. non debet de conſang. & affin.*

Cum hac tamen differentia inter affinitatem, quæ ex copula licita provenit, & illam, quæ ex copula illicita deſcendit, ut illa matrimonium impediat usque ad quartum gradum incluſive: hæc vero usque ad ſecundum gradum. Ita decernitur in *Concil. Trident. ſeſſ. 24. de matrim. cap. 24.* Ratio, quæ videtur moviſſe Concil. Trident. eſt, quia fornicationes ſunt valde frequentes, ac plerumque occultæ, unde periculum erat, ne impedimento hoc late nimis effuſo conjugia plurima irritarentur.

REGULA VI.

36 Sicut matrimonium inter conſanguineos aſcendentes & deſcendentes ratione conſanguinitatis in infinitum prohibitum eſt, ita etiam inter affines aſcendentes, & deſcendentes perpetua eſt conjugii prohibitio ratione affinitatis. In linea autem affinitatis inter aſcendentes illi numerantur, qui parentum loco inter ſe habentur. Tales ſunt Socer, des Manns oder der Frauen Vatter, Socrus, des Manns oder der Frauen Mutter, Vitricus, der Stief-Vatter, Noverca, die Stief-Mutter. Inter deſcendentes numerantur illi, qui liberorum loco inter ſe habentur; Gener, der Tochter-Mann, Nurus, die Sohns-Frau, Privignus, Stief-Sohn, Privigna, Stief-Tochter. Unde noverca non poteſt nubere privigno, nepoti, vel pronepoti, &c. Vel econtra vitricus non poteſt ducere privignam, neptem, vel proneptem. Item ſocer non poteſt ducere nurum, nec ejus filiam, vel neptem, &c. *Perez. Inſt. hoc tit. §. affinitatis.*

Q. XII. An Summus Pontifex poſſit diſpenſare circa gradus prohibitos? priusquam ardua hæc, & intricata quæſtio in lucem claritatis fumet, ſciendum eſt, in quibus gradibus matrimonium ſit prohibitum de Jure naturali, Divino, & humano poſitivo. Itaque ſequitur

Aſſertio 1ma: Inter aſcendentes, & 37
deſcendentes, ſeu in linea recta prohibitum eſt matrimonium de Jure naturæ in infinitum. Ita docet *L. 53. ff. de ritu nupt.* Ratio eſt in horrore naturali omnium gentium, quæ abhorrent commiſceri cum perſonis, quibus originem debemus, vel illam a nobis habent.

Deinde omnes deſcendentes, etiam remoti, reſpectu aſcendentium dicuntur filii, & per conſequens illis debent reverentiam, & ſubjectionem, cui actus conjugalis multum præjudicaret. *Zoeſ. ad decret. de conſang. & affinit n. 6.*

Li.

Limitatur, ut dicta aſſertio non procedat in caſu neceſſitatis, quo genus humanum aliter ſervari non poſſet, ſicut factum eſt in exordio mundi, & poſt diluvium *Engl lib. 4. tit. 16. n. 5. Vide Sanchez lib. 7. diſp. 51. n. 19.* ubi, *ut ſupra jam dixi*, conatur evincere, indecens quidem eſſe, inter aſcendentes & deſcendentes contrahi matrimonium: concludit tamen, de Jure naturæ tale matrimonium non ultra primum gradum prohibitum eſſe; ſed tanta non ſunt ejus argumenta, ut me in deditionem trahant. Illud inauditum eſt, S. Pontificem unquam in linea aſcendentium, vel deſcendentium diſpenſaſſe.

38 *Aſſertio 2da*: In linea obliqua, ſeu tranſverſa, in ſolo primo gradu de Jure naturæ prohibitum eſt matrimonium: v. g. intra fratrem, & ſororem. Ita *Sanchez lib. 7. diſp. 52. n. 11. Engl. lib. 4. tit. 16. n. 5. Zoeſ. ad decret. de conſang. & affinit. n. 33.*

Probatur *1mo*: *ex cap. gaudemus* X *de divort.* ubi Innocentius III. decernit, infideles converſos ad fidem non ſeparandos eſſe a matrimonio tempore infidelitatis in ſecundo, tertio, & aliis ulterioribus gradibus conſanguinitatis; quoniam, dicit, legibus Eccleſiæ non tenentur infideles; ergo a contrario ſenſu, quando ſunt conjuncti in primo gradu, cenſet Pontifex, ſeparandos eſſe, quia ille gradus Jure naturæ matrimonium irritat.

Probatur *2do*: quia *Ariſtoteles lib. 2. polit. cap. 2.* ipſe edixit, ſolo lumine naturali, cuique inditum eſſe, turpiſſimam eſſe conjunctionem parentum cum filiis, & fratrum cum ſororibus.

Probat. *3tio*: *Gen. 20.* ubi Abrahamus, ne barbaræ genti pateſieret, Saram eſſe Abrahami uxorem, ſuaſit ſuæ uxori, ut diceret, ſe eſſe ſororem Abrahæ, quaſi vellet ſignificare, ipſi barbaræ genti perſpectum eſſe, inter ſororem & fratrem non poſſe conſiſtere matrimonium.

Probatur *4to*: *Levit. 20.* ubi DEUS juſſit junctos, fratrem & ſororem occidi.

Probatur *5to* ex eo, quod Eccleſia in hoc gradu nunquam diſpenſet, nec diſpenſaverit, quod eſt urgens argumentum, matrimonium eſſe in primo gradu indiſpenſabile.

Ex dictis ſequitur, matrimonium inter infideles in primo gradu lineæ tranſverſæ contractum, dirimendum eſſe, ſi ad fidem convertantur; quoniam tale matrimonium Jure naturæ prohibitum eſt, quod æque infideles, quam fideles obligat. *Sanchez loc. cit. n. 12.*

Non obſtat *1mo*: quod Abrahami uxorem, Saram, ejuſdem ſororem fuiſſe, aliqui doceant, inducti his verbis, quæ Abraham de Sara proloquebatur: *Vere ſoror mea eſt, filia patris mei, & non filia matris meæ.* Item *Gen. 12. Dic ergo, obſecro, quod ſoror mea ſis.* R. enim, Saram non fuiſſe veram ſororem Abrahæ, ſed vocaſſe illam Abrahamum filiam patris ſui Thare, quia erat neptis ejuſdem Thare, nata ex ejus filio Aram, fratre Abrahæ.

Non obſtat *2do*: Quod inter Aſſyrios olim lege conceſſum fuerit matrimonium in primo gradu tranſverſæ lineæ, ut recenſet *can. 20. cauſ. 35. q. 2.* Enim vero *negatur ſuppoſitum*, talem legem ferri potuiſſe, & de facto latam, non

non fuiſſe contra Jus naturæ, *Sanchez lib. 7. diſp. 52. an. 11. uſque ad finem*, ubi plures adhuc textus Sacræ Scripturæ enodat, & in fine eandem, quam ſupra allegavimus, limitationem ponit, ut videlicet matrimonium inter fratrem & ſororem in caſu neceſſitatis, quo alter genus humanum conſervari non poſſet, permiſſum eſſe. Vide etiam *Schneid. n. 18. de arb. affinit.*

39 *Aſſertio 3tia*: Neque Jure naturali, neque Jure Divino, inter collaterales ſecundi, tertii, & quarti gradus matrimonium eſt prohibitum, ſed tantum Jure humano poſitivo Pontificio, *cap. non debet. de affinit. & conſang.* Deinde conſtat ex Sacra Scriptura, ut paulo ante ad objectionem primam declaravi, quod Abraham duxerit Saram, filiam fratris ſui Et Nachor duxit Melcham pariter ſui fratris filiam, *Geneſ. 11.* Denique S. Pontifex in *cap. gaudemus* ✠ *de divortiis* concedit infidelibus ad fidem converſis diſceſſum a matrimonio intra ſecundum, tertium, & quartum gradum contracto, eo quod tempore contracti matrimonii non fuerint ligati ſtatutis Eccleſiæ, ac ſi diceret S. Pontifex, matrimonium in ſecundo, tercio, & quarto gradu lineæ transverſæ Eccleſiæ duntaxat decreto prohibitum eſſe *Sanchez lib. 7. diſp. 53.*

40 *Aſſertio 4ta*: In linea recta aſcendentium, & deſcendentium inter affines, ſunt, qui doceant, matrimonium non eſſe de Jure naturæ prohibitum. *Sanchez l. 7. diſp 66. n. 7.* Sed verius eſt, etiam tale matrimonium de Jure naturæ in infinitum prohiberi. Ratio fere eſt eadem, quæ primæ aſſertionis filius enim eandem fere reverentiam debet novercæ, aut vitrico, quam parentibus, ſiquidem pater & noverca, vitricus & mater, ſunt facti per matrimonium una caro & nurus ſocero debet eandem fere reverentiam, quam debet ipſe vir, qui eſt filius ejus, cum quo facta nurus, facta eſt una caro, & idem dicendum eſt de genero reſpectu ſocrus Deinde pro roboranda hac opinione ſufficiens mihi argumentum eſt, quod S. Pontifex in linea aſcendentium, & deſcendentium inter affines nunquam ſoleat diſpenſare *Engl. lib. 4. tit. 16. n. 6. plura Sanchez lib. 7. diſp. 67. per tot.*

Aſſertio 5ta: In linea affinitatis collaterali, concordi Doctorum ſuffragio obtinet, in nullo gradu de Jure naturæ, aut Divino prohitum eſſe matrimonium. *Sanchez lib. 7. diſput. 66. n. 10. Engl. d. loc. eod. n. Zoeſ. loc. cit. n. 35.* 41

Probatur ex Sacra Scriptura *Gen. 29.* ubi legitur, quod Jacob Patriarcha duxerit Liam, & poſtea ſororem ejus Rachelem Imo *Deuteron. 25* præceptum fuit Iſraelitis, ſi fratrum nous ſine liberis decederet, alter uxorem ejus acciperet. Accedit *cap fin. d divort.* ubi S. Pontifex diſpenſat cum infidelibus ad fidem converſis, ut uxores fratrum retineant.

Denique facit, quod Julius II. Romanorum Pontifex diſpenſaverit cum Henrico VIII Angliæ Rege, ut licite duceret uxorem Catharinam, quæ nupta ante fuerat ejus fratri Arthuro, ſine liberis mortuo, imo (ut aliqui volunt) non cognita, quidquid autem ſit, cognita illa fuerit, nec ne, Clemens VII. conſultis totius orbis illuſtri-

ſtribus Univerſitatibus, & maturiſſimo conſilio habito, decrevit authoritate Pontificia fuiſſe legitimam diſpenſationem, quam Julius II. in Hanrico fecit. Porro tametſi de Jure naturæ prohibitum eſſe non videatur, inter affines in primo gradu matrimonium contrahere, vetuit tamen Concilium Trident. *ſeſſ. 24. cap. 5. de reformat. matrim.* diſpenſari, niſi publicæ pacis cauſa inter magnos Principes. *Zoeſ. loc. cit.*

His prælibatis, reſpondetur, diſpenſare poſſe S. Pontificem ſuper impedimentis humano Jure inductis, modo juſta cauſa ſubſit; qui enim legem dedit, illam iterum tollere, & abrogare poteſt *Zoeſ. loc. cit. n. 30. Engl. n. 7. lib. 4. tit. 16.* & quoad hoc nulla eſt inter Doctores differentia. In ea vero rotatur

42 *Quæſtio.* An S. Pontifex diſpenſare poſſit in impedimentis Jure naturali, aut Divino matrimonium dirimentibus? ℞. *negative.* Ita *Sanchez. lib. 3. diſp. 6. n. 10. Engl. d. lo. & Zoeſ.* Ratio eſt, quia inferior non poteſt tollere, aut mutare legem ſuperioris, cui eſt ſubjectus, *can. 4. diſp. 25.* Deinde lex Divina & naturalis eſt fundata in voluntate Divinæ Majeſtatis: ſicuti ergo voluntas Divina eſt perpetua & immutabilis, ita quoque lex Divina & naturalis eſt perpetua & immutabilis.

Dices: S. Pontifex poteſt diſpenſare in voto, & juramento; atqui votum & juramentum ſunt Juris naturalis, & Divini, quia utrumque Jus vult ejus implementum; ergo S. Pontifex poteſt diſpenſare in Jure Divino & naturali.

Pro ſolutione obſerva, duplex eſſe Jus Divinum naturale. Quoddam ab humana voluntate ortum, & ex ejus ſuppoſitione obligans, ut votum & juramentum. Aliud vero abſolutum, & ex Divino arbitrio derivatum.

In priori S. Pontifex recte diſpenſat, non etiam in poſteriori; Prior enim voluntas, quæ eſt hominis, auferri, & tolli poteſt, atque ita ceſſat obligatio voti, vel juramenti: poſterior vero voluntas, utpote perpetua & immutabilis, tolli non poteſt per Pontificem. Ecce! Jus Divinum eſt, ut, qui votum habet, id impleat, & hoc ſemper manet integrum. At aliquem habere votum, non eſt Jus Divinum, ſed voluntate propria effectum, quam voluntatem S. Pontifex impedire poteſt, quare tunc non proprie diſpenſat in Jure Divino, ſed tollit obligationis fundamentum, quam homo actu humano ſibi impoſuit, quo ſoluto evaneſcit Juris Divini circa illud votum obligatio. *Sanchez. lib. 2. diſp. 14. n. 5.*

Urges: Reſidentia Epiſcoporum eſt Juris Divini poſitivi. Item conſecratio ſub utraque ſpecie eſt Juris Divini poſitivi; atqui Pontifex circa reſidentiam Epiſcopi: Item, ut conſecratio in locis, ubi eſt inopia vini, ſub una ſpecie fiat, poteſt diſpenſare; ergo S. Pontifex poteſt in Jure Divino diſpenſare, per conſequens etiam in gradu prohibito de Jure naturæ, vel Divino. ℞. *Tranſeat ant. neg. conſ.* Ratio differentiæ eſt: quia diſpenſatio in priori caſu non trahit ſecum tam malam conſequentiam, quam in caſu poſteriori, ubi periculum foret, ſi frater & ſoror ſcirent ſe poſſe ſpem concipere futuri matrimonii, ne forte, ubi ſimul edu-

cantur, & nutriuntur, fornicationes admitterentur, a quibus facilius removentur, ſi matrimonii futuri nullam ſciant poſſibilitatem; non tam facile enim in libidinem quis prurit exercendam cum perſona, cum qua nullam habet ſpem futuri matrimonii, *Sanchez lib. 8. diſp. 6. per tot. Engl. lib. 4. tit. 16. § 3. n. 3.*

Hucusque determinavimus, in quoto gradu prohibitum ſit contrahere nuptias: ſequitur recta methodi ratione, quid ſint nuptiæ.

43 Nuptiæ a *nubendo* dictæ ſunt; olim enim moris erat, ut puellæ noviter nuptæ, pudoris gratia, ſe obnuberent, & velarent. Ratio vero, quare obvelare ſeſe debuerint, eſt, ut ſignum ſubjectionis fœmineo ſexui imprimeretur, ac ſcirent, ſe viro eſſe ſubjectas, & diſcant eſſe humiles. Hinc dicitur, non eſſe factam ex capite, ne domina eſſet, vel in virum dominari temere præſumat, nec ex pede, ne videretur famula eſſe; ſed ex coſta, ut collateralis, & quaſi ſocia eſſet mariti.

Nuptiæ, quæ alio, & magis proprio nomine vocantur matrimonium, definiri ſolent, quod ſint *maris & fœminæ conjunctio individuam vitæ conſuetudinem continens. §. nuptiæ 1. Inſtit. de pat. poteſt.*

44 Dixi primo *conjunctio*. Intellige animorum, non corporum, nuptias enim non concubitus, ſed conſenſus facit. *L. 30. ff. de R. I. cap. 24. X. de ſponſal.*

Secundo, *maris & fœminæ*, tum ut excludatur Sodomia: tum quia in matrimonio non debet eſſe, niſi una mulier, & unus maſculus, polygamia enim omni Jure prohibita eſt. Tertio, *individuam vitæ conſuetudinem*, quia matrimonii ſemel contracti perpetuus & indiſſolubilis eſt nexus, puta, quoad vinculum, quia ad thorum & menſam nonnunquam conceditur ſeparatio, ut infra prolixius dicemus.

Dividitur matrimonium in *legitimum*, *ratum*, & *conſummatum*. 45

Legitimum eſt, quod inter perſonas non impeditas, hoc eſt, habiles legitimo conſenſu juxta leges contractum eſt, ſive quod in ſolo legitimo, ac naturali conſenſu conſiſtit, nec Eccleſiæ habet ratificationem, aut Sacramentum, quale etiam inter infideles, & ſacro baptiſmi lavacro non tinctos habetur. *Ratum* eſt, quod habet rationem Sacramenti, cui tamen necdum acceſſit copula carnalis, quale eſt poſt ſacerdotalem benedictionem. Et de hoc procedit regula, quod nuptias non concubitus, ſed conſenſus faciat. *L. 30. ff. de Rit. nupt.*

Conſummatum eſt, quod per concubitum, & carnalem copulam, præcedente legitimo conſenſu, de præſenti completum & conſummatum eſt.

Contrahere matrimonium poſſunt omnes, qui non prohibentur natura, vel Jure, quales ſunt, qui laborant impedimento, vel impediente, vel dirimente, de quibus infra. Poteſt quis etiam matrimonium contrahere per procuratorem, ubi tamen ſequentia concurrant, neceſſe eſt. 46

Primo: Ut procurator habeat ſpeciale mandatum, nec ſatis eſt generale ad omnia negotia, ſed debet eſſe nominatim ad matrimonium.

Secundo: Ut ſit mandatum ad contrahendum cum certa perſona. *L. 34. ff. de rit. nupt.*

Ter-

Tertio: ut procurator per ſe ipſum exequatur, non enim poteſt alium ſubſtituere, niſi licentia ſubſtituendi expreſſe in mandato contineatur *cap. fin. de procurat. in 6*. Ratio, quia in iis, ubi electa eſt induſtria perſonæ, non admittitur ſubſtitutio.

Quarto: Ut tempore, quo contrahit procurator, non ſit revocata poteſtas, ſi enim contrahendi poteſtas revocata ſit, matrimonium contractum per procuratorem nullum eſt, nec refert, ſive ſciverit procurator revocationem, ſive ignoraverit, *d. cap. fin. de procurat. in 6* quod ob libertatem matrimonii ſpeciale eſt. *Sanchez lib. 2. diſp. 21. n. 3. 4. & 5. Pirrhing de matrim. ſect. 3. § 4.*

Requiſita matrimonii ſequentia abſolvunt:

47 *Primo* requiritur, ut contrahentes ſint cives Romani; ſervi enim non matrimonium, ſed contubernium contrahere dicuntur, *l. 3. C. de inceſt. nupt.* quod procedit de Jure Civili, non vero de Jure Canonico. *Morz. de nupt. ad prin. n. 3.*

Secundo requiritur juſta ætas, hoc eſt, ut contrahentes ſint puberes, id eſt, maſculi ſint majores quatuordecim, fœminæ vero ſint majores duodecim annis. Sane, ſi malitia ætatem ſuppleat, hoc eſt, ſi ante prædictam ætatem potentia generativa polleant, de Jure Canonico matrimonium contractum ſubſiſtit, quia ceſſat ratio inhabilitatis *cap. 9. & ult. de deſponſat. impub. Engl. d. t. n. 8.* Ratio vero, quod citius pubeſcant fœminæ, quam maſculi, in aperto eſt, quia univerſim vides, vilia & debilia celerius a natura perfici, quam fortia & nobilia. Pomum putredini obnoxium citius matureſcere cernas, quam incorruptum. *Confer. Theophraſt. l. 1. & 4. de cauſa plantar.* Illud hic, quod ſupra neglexi, monitum volui, quod ſponſalia impuberis cum pubere contracta ex parte impuberis non aliter valeant, quam ſi ſint ratificata ab impubere, ſi pervenerit ad pubertatem. Pubes vero irrevocabiliter obligatur, *cap. de illis 9. de deſponſ. impub. Engl. eodem tit. n. 2. Schneid. de nupt. 14. Ebling. q. 3. ob. 1.*

Tertio requiritur ad matrimonium deliberatus contrahentium conſenſus, hic enim eſt velut baſis & fundamentum matrimonii, cum nuptias non concubitus, ſed conſenſus faciat. Deinde matrimonium eſt ſpecies contractus, ad omnem vero contractum requiritur conſenſus mutuus contrahentium. *L. 1. ff. de pactis § 1. Inſt. de empt. & vend. Harp. inſt. h. t. n. 29.* Cum vero per iſtum conſenſum contrahentes ſibi invicem Jus tradant in corpora ſua ad uſum humanæ generationis, ideo haud inepte

Q. XIII. An iſte conſenſus debeat fieri formaliter in ipſam copulam? an vero ſufficiat fieri in Jus exigendi copulam? R. poſterius ſufficere, quia per hoc, quod quis conſentiat in Jus exigendi copulam, jam impletur finis matrimonii, qui conſiſtit in generatione prolis; licet aliquis non conſentiat in ipſam copulam. Unde ſua ſponte fluit inter B. Virginem, & S. Joſephum verum fuiſſe matrimonium.

Dices: Qui Jus exigendæ mercis transfert in emptorem, peccat, ſi nolit obligationi ſatisfacere; ergo ſi B. Vir-

Virgo Jus exigendæ copulæ tranſtulit in S. Joſephum, licite non potuit ſibi proponere, quod debitum conjugale nunquam velit reddere. R. neg. conſ. Ratio differentiæ eſt, quia illibata Virgo aliunde ſcivit, nempe per revelationem Divinam, debitum conjugale nunquam exactum iri, adeoque licite potuit ſibi proponere, quod id reddere nunquam velit. Contra, qui vendit aliquid, ille moraliter certus eſt, fore, ut res vendita ab emptore exigatur, adeoque inique facit, ſi obligationi contravenire decernat. *Franz. lib. 1. tit. 10. p. 2. §. 4. n. 2.*

48 *Quarto* requiritur ad matrimonium conſenſus parentum, *princ. Inſt. h. t. l. 4. ff. de R. I.* & hoc adeo verum eſt, ut nuptiæ ſine conſenſu parentum contractæ ſint ipſo Jure nullæ, *d. text.* Quod procedit tantum de Jure Civili. de Jure enim Canonico, cum matrimonia debeant eſſe libera, & non pendere ex alieno arbitrio, *cap. gemmis. 29. de ſponſ.* conſenſus parentum non requiritur de neceſſitate, ſed tantum de honeſtate, coactæ enim nuptiæ ſolent habere triſtes exitus. *Can. 2. cauſ. 27. q. 2.*

Non obſtat *1mo: Princip. Inſt. h. t.* ubi dicitur *naturalis ratio* exigit parentum conſenſum: ut proinde Jure naturæ requiri videatur. Enimvero R. id procedere de honeſtate, non de neceſſitate.

Non obſtat *2do*: Præceptum decalogi: *Honora, &c* quia ſequeretur, etiam matris conſenſum requiri, quod ipſi adverſarii non admittunt. Porro quod nuptiæ ſine conſenſu parentum contractæ grave etiam peccatum involvere poſſint, præcipue in caſu, quo parentes juſtam denegandi conſenſum cauſam habuerunt, non ibo inficias, prout id ipſum atteſtatur *Engl. de deſponſat. impub. n. 6. Schambog. de nupt.*

Quinto requiritur ad matrimonium, ut conſenſus in facie Eccleſiæ coram Parocho, & duobus teſtibus manifeſtetur. Ita ſtatuit *Concil. Trident. ſeſſ. 24. de reformat. cap. 1.* Quod Concilium matrimonia clancularia, jam antehac ſevere prohibita, penitus irritavit, propter graviſſima inconvenientia, quæ inde naſcebantur. Frequenter enim accidit, ut quis ducta clam una, deinde palam ad alias nuptias provolaverit, ſpe fretus, fore, ut de priori matrimonio convinci nequeat. *Franz. loc. cit.*

Dices. Eccleſia non potuit facere ex Sacramento non Sacramentum, ſed matrimonium clandeſtinum ante Concilium Tridentinum fuit Sacramentum; ergo Eccleſia ex eo non potuit facere non Sacramentum. R. *diſt. maj.* Eccleſia non potuit facere ex Sacramento non Sacramentum, directe, hoc eſt, mutando, vel tollendo materiam & formam determinatam a Chriſto, *conc. maj.* indirecte, hoc eſt, mutando aliquid, ſub directione & determinatione Eccleſiæ relictum, *neg. maj.* ſed matrimonium clandeſtinum ante Concilium Tridentinum fuit Sacramentum, & ſimul contractus fuit validus, *conc.* & non fuit validus, *neg. min. & conſ.* Ecce! Chriſtus Dominus inſtituit quidem contractum matrimonii pro materia Sacramenti, ſed non omnem & quemcunque contractum pro materia Sacramenti inſtituit, ſed contractum validum. Jam vero quis contractus dicendus ſit validus pro Sacramento matri-

trimonii, Chriſtus Dominus non determinavit, ſed id determinationi Eccleſiæ reliquit. Potuit itaque Eccleſia eidem certas leges ſtatuere, illis non obſervatis irritare, nihil autem per hoc mutavit in ratione materiæ, quæ ſemper in contractu valido conſiſtit, nec prius in materiam Sacramenti tranſit, quam contractus ſit validus. Unde etiam olim clandeſtinus contractus fuit materia Sacramenti, ſed non quatenus clandeſtinus, ſed quatenus tunc temporis erat validus. *Engl de clandeſt. deſponſat. n. 11. König n. 12. eadem.*

Dixi *coram Parocho.* Hinc

49 Q. XIV. Qualis Parochus aſſiſtere debeat matrimonio? ℞. proprium Parochum requiri, qualis ille dicitur, in cujus parochia vel ambo contrahentes, vel unus tantum ex contrahentibus habet domicilium, vel quaſi domicilium. Ubi

Nota, quod quis dicatur in eo loco verum domicilium habere, in quem bona & res ſuas collocavit, animo ibi perpetuo commorandi, ly tamen *perpetuo* in ſenſu accommodo accipiatur, neceſſe eſt, ut denotet non aliquam æternitatem, ſed propoſitum in loco aliquo per longum tempus, puta, decem annorum permanendi. *L. 2. C. de incolis.*

Quaſi domicilium dicitur quis habere in illo loco, in quo quis per majorem anni partem permanendi propoſitum habet. *Engl. de foro competenti. § 1. n. 7. Sanchez. lib. 3. diſp. 23. n. 2 & ſeqq.* Itaque ille proprius Parochus eſt, ubi quis habet vel verum, vel quaſi domicilium, & quando ſponſus & ſponſa ſunt ex diverſa parochia, ad valorem matrimonii ſufficit, ſi aſſiſtat proprius Parochus alterutrius, puta, ſponſi vel ſponſæ. Nec refert, an proprius Parochus intra vel extra parochiam, aut in aliena etiam diœceſi aſſiſtat, in poſteriori tamen caſu licentiam Ordinarii neceſſariam eſſe docet *Pirrhing. ad Decret. § 3. de clandeſt. deſponſ.* Ex dictis ſequitur, ſtudioſorum Vienneńſium proprium eſſe Viennenſem Parochum, nec licere ipſis eum aliqua ad pagum vicinum excurrere, & ibi ſine licentia proprii Parochi copulari. Imo Parochus ſine licentia proprii Parochi conjungens ſuſpenditur ipſo facto, donec ab Ordinario Parocho contrahentium abſolvatur. *Trident. ſeſſ. 24. de refor. Matr. cap. 1. Zoiſ. de clandeſt. deſponſat. n. 3.*

Vagi, qui nullibi conſtanter habitant, ſed incerto lare vagantur, coram quolibet Parocho recte junguntur, juramentum tamen ipſis deferri ſolet, quod nullo impedimento Canonico, vel alio matrimonio ligati ſint. *Engl. d. t. n. 13. Trid. c. 7.*

Effectus matrimonii plures occurrunt.

Primo obligat ad reddendum debitum conjugale, quæ tamen obligatio demum poſt duos menſes incipit, *cap. 7. de converſ. conjugat.*

Secundo obligat matrimonium ad corpus alteri tradendum.

Tertio ad individuam vitæ conſuetudinem. Et quarto ad cohabitandum.

Plane quandoque obligatio cohabitandi ceſſat, puta, ſi juſta cauſa intercedat, propter quam peti poteſt quo-

M ad

ad thorum & menſam ſeparatio. Quas cauſas lubet in ordine recenſere.

50 *Prima cauſa* petendi ſeparationem, quoad thorum & menſam eſt *adulterium*; ſiquidem obligatio cohabitandi hanc tacitam conditionem imbibit: *niſi fides conjugalis violata fuerit*. Si ergo violata fuerit, pars innocens ſeparationem quoad thorum & menſam juſte petit. *c. 4. de adulteriis.*

51 Q. XV. An propter adulterium non ſolvatur matrimonium etiam quoad vinculum?

Si heterodoxos conſulas, pleno agmine in affirmativam ruunt, ut videre eſt apud *Harp. §. 11. Inſtit. h. t. Schneid. n. 32. h. t. de divort. Han var. reſol. pag. 202. Bachov. ad Treutl. vol. 2. diſp. 6. th. 8.*

Item de Jure Civili affirmativa ſine altercatione procedit per *l. 8. cod. de repudiis.* Ubi aperte ſancitur, virum propter adulterium uxoris lucrari dotem, & ſi velit, poſſe ſtatim aliam ducere. Verum

De Jure Canonico negativa adeo certa eſt, & communis, nullus ſit, qui diſſentiat, imo concilium Tridentinum contrariam ſententiam anathemate damnavit. *ſeſſ. 24. cap. 7.*

Probatur hæc ſententia *1mo*: ex textu *Luc. 16. verſ. 18.* ubi generaliter dicitur: *Omnem, quicunque dimiſerit uxorem ſuam, & aliam duxerit, mœchari, ſive adulterium committere.*

2do: ex Apoſtolo Paulo 1. ad Corinth. 7. his verbis: *Iis autem, qui matrimonio juncti ſunt, præcipio non ego, ſed Dominus, uxorem a viro non diſcedere: quod ſi diſceſſerit, manere innuptam, aut viro ſuo reconciliari.* Ecce! in prioribus verbis, ubi Apoſtolus dicit: *præcipio a viro non diſcedere*, loquitur de diſceſſu injuſto, hoc eſt prohibet iis, qui matrimonio juncti ſunt, ab invicem diſcedere. In poſterioribus verbis autem loquitur de diſceſſu juſto, deſcendente a cauſa juſta v. g. fornicationis. Quod autem loquatur de diſceſſu juſto in poſterioribus verbis, patet exinde, quia uxori optionem dat, an velit innupta manere, an viro reconciliari, quam optionem dare non potuiſſet, ſi de diſceſſu injuſto loqueretur; jubere enim ſimpliciter debuiſſet, uxorem ad virum redire. *Engl. de divort §. 2. n. 8.*

3tio: ex fortiſſimo textu Lucæ *cap. 16. verſ. 18.* Marci *10. verſ. 11. 12.* ubi generaliter dicitur: *Qui dimittit uxorem ſuam, & alteram ducit, mœchatur, & qui dimiſſam a viro ducit, itidem mœchatur.*

Non obſtat textus Matthæi 5. *verſ. 32.* ubi heterodoxi Achillem ponunt his verbis: *Dico autem vobis, quia quicunque dimiſerit uxorem ſuam, niſi ob fornicationem, & aliam duxerit, mœchatur.* Ergo a contrario, inferunt, qui propter cauſam fornicationis uxorem dimittit, & aliam ducit, non mœchatur. In hoc textu mirifice exultant heterodoxi, ſed ſine cauſa. Siquidem reſpondetur textum in hunc modum interpretandum eſſe, ut illa exceptio de fornicatione uxoris referatur tantum ad verba præcedentia, ut ſcilicet liceat dimittere uxorem, niſi ob cauſam fornicationis, non autem ad verba ſubſequentia.

Non adverſatur, ſi dicas, ex noſtra explicatione ſequi, non niſi unicam

cau-

cauſam, puta fornicationis, olim fuiſſe ad ſeparationem, atqui ſunt plures cauſæ; ergo. R. enim, reliquas cauſas a SS. Pontificibus inductas eſſe. *Engl n. 10. d. loc. Schamb. de pat. poteſt. §. 1.*

Hactenus ergo vidimus, propter adulterium a parte innocenti ſeparationem peti poſſe, ſunt tamen aliqui caſus, in quibus propter adulterium ſeparatio non conceditur.

Primus eſt, ſi pars innocens pari ſe crimine obſtrinxerit, tunc enim delicta mutua compenſatione tolluntur. *cap. ult. de adult.*

Secundus eſt, ſi maritus uxori cauſam adulterii dederit, ipſam pro mercede proſtituendo, vel non prohibendo, cum potuiſſet, vel denique denegando debitum conjugale. *Can. 24. cauſ. 24. q. 2.*

Tertius eſt, ſi conjux probabiliter crediderit, alterum conjugem deceſſiſſe, & alii nupſerit. *l. 7. C. de repud.* Quod ſi vero certiorata de vita mariti perſtiterit in ſecundo conjugio debitum reddendo, ac petendo, adulterii ream ſe reddit, ceſſat enim cauſa ignorantiæ. *Engl de divort. n. 17.* Et ſi contingat poſt nuptias cum ſecundo contractas priorem maritum, quem uxor credidit deceſſiſſe, reverti, tenetur relicto poſteriori ad priorem redire. *Zoeſ. ad decret. de ſecund. nupt. n. ult.*

Quartus eſt, ſi mulier vi compreſſa fuerit. *l. 39. ff. ad L. Jul. de adult.*

Quintus eſt, ſi quis uxorem acceſſerit, ſimulans ſe eſſe maritum, cui uxor bona fide, nil mali cogitans, credidit. *can. 6. cauſ. 34. q. 2.*

Sextus, ſi innocens pars conjugi delictum condonaverit, vel expreſſe, vel tacite, puta, petendo, vel reddendo debitum conjugale. *arg. l. 15. §. 5. ff. ad leg. Jul. de adult.*

Secunda cauſa, ob quam poteſt peti ſeparatio quoad thorum & menſam, eſt *hæreſis*, ſi alter conjugum hæreſin amplectatur, ac aliquoties monitus errorem dimittere recuſet, tunc enim pars innocens a parte nocente ſeparationem recte petit ob periculum, ne ipſa, vel ſoboles ſeducatur. *Engl. loc. cit. n. 20. Sanchez. lib. 10. diſp. 14. n. 18.*

Tertia cauſa eſt *ſævities*, puta, ſi unus conjugum alteri gladio, aut veneno inſidietur, aut atrocia verbera inferat, aut denique aliud grave malum faciat: nemo enim præſumitur cum tanto ſuo damno ſe ad cohabitationem obligare voluiſſe. Sane levia verbera petulantibus fœminis ſubinde inferre mariti poſſunt, *cap. quemadmodum.* X. *de Jure Jur.* imo talia verbera nonnunquam ſalutaria ſunt.

Quarta cauſa eſt *invitatio ad peccatum*, ſi maritus velit uxorem proſtituere, & lenocinium exercere, ſi homines impudicos in domum introducat, vel uxorem ad patranda homicidia incitet.

Quinta cauſa eſt *ſpirituale bonum*, puta, ſi uterque conjux, vel unus ſaltem conſentiente altero religionem velit ingredi. Per talem enim ingreſſum matrimonium prius contractum diſſolvitur, adhibita tamen diſtinctione inter matrimonium ratum & conſummatum. Nam ratum etiam quoad vinculum diſſolvitur, ita, ut remanens in ſæculo ad ſecundas nuptias tranſire poſſit,

52 ſed tunc primum, ubi ſugceſſus profeſſionem fecit, *cap. 2. & 7. de converſ. conjugat.* matrimonium vero conſummatum ſolummodo quoad cohabitationem, id eſt, quoad thorum & menſam diſſolvitur, ſicut per divortium. *cap. 4. & 8. eod.* Ratio differentiæ eſt: quia matrimonium ratum ſolummodo ſignificat *conjunctionem Chriſti cum anima fideli per gratiam*, quæ conjunctio in melius mutari poteſt.

Contra vero matrimonium conſummatum ſignificat *conjunctionem Chriſti cum Eccleſia*, quæ conjunctio indiſſolubilis eſt.

Sexta cauſa eſt *morbus contagioſus* v. g. lepra, lues gallica, peſtis &c. quia naturalis ratio dictat, ne matrimonii obligatio eo usque extendatur, ut cum tanto periculo valetudinis ad cohabitationem ſoſpitem adſtringat. *cap. 2. de conjug. lepros.* Quod ſi periculum morbi ceſſet, redintegrandum erit matrimonium. *Franz. n. 11.*

Vidimus, quomodo matrimonia diſſolvantur quoad thorum & menſam: ſequitur, quomodo diſſocientur quoad vinculum, ubi quatuor caſus reperiuntur. *Primus* eſt, ſi alter ex conjugibus decedet. *Rom. v. 2. & 3.* Mors enim omnia ſolvit *Nov 22 cap 20.* *Secundus*, ſi alter conjugum infidelium convertatur ad fidem, & is, qui manet infidelis, vel omnino nolit cohabitare fideli, vel non niſi cum gravi ſcandalo, tunc enim favore fidei permittitur fideli ad aliud matrimonium decurrere. *1. ad Corinth. 7. verſ. 15. cap. 7. & 8. de divort.* *Tertius*, ſi alter conjugum ante conſummatum matrimonium intret religionem, & in ea profiteatur. *cap. 7. de converſ. conjugat.* *Quartus*, ſi S Pontifex ex juſta cauſa diſpenſet in matrimonio rato tantum, licentiamque, prout poteſt, dederit ad aliud matrimonium decurrendi. *Franz. loc. cit. n. 12.*

Tandem ſequitur de impedimentis, quæ ſunt duorum generum. Impedientia, & dirimentia.

53 *Impedimenta impedientia* dicuntur, quæ nuptias reddunt illicitas, non tamen invalidas. Sive, quæ quidem ab initio prohibent matrimonium contrahi, de facto tamen contractum non declarant nullum. Huc pertinet regula, quod multa prohibeantur fieri, facta tamen tenent. *cap. 16. ✠ de Regularib.*

Impedimenta dirimentia ſunt, quæ nuptias non tantum reddunt illicitas, ſed etiam invalidas. Sive, quæ non tantum prohibent matrimonium contrahi, ſed etiam de facto contractum nullum declarant, & invalidant. Impedimenta impedientia hiſce verſiculis continentur:

Eccleſiæ vetitum, nec non tempus feriarum,
Atque catechiſmus, ſponſalia, jungito votum,
Inceſtus, raptus ſponſatæ, mors mulieris,
Suſceptus propriæ ſobolis, mors presbyteralis,
Aut ſi pœniteat ſolenniter, aut monialem
Accipiat: prohibent hæc conjugium ſociandum.

Pleraque ex iſtis impedimentis exoleverunt, dicam tamen, quid unum alterumve ſit, quæ adhuc vigent, quorum quatuor occurrunt.

Pri-

Primum impedimentum impediens eſt *Eccleſiæ vetitum*, quando videlicet Epiſcopus vel Parochus aliquibus prohibet, ne matrimonium contrahant, donec plenius fuerit inquiſitum ſuper cauſa, quæ ſubeſſe videtur: hac prohibitione non obſtante matrimonium tamen contractum tenet, contrahentes veto pendente inquiſitione quoad thorum & menſam ſeparati, ac condigna pœna affici poſſunt. *cap. 1 & 2.* ⁂ *de matrimon. contract. cont. interdict. Eccleſ. Sanchez. l. 7. diſp. 6. n. 6. Zoëſ. ad decret. h. t. & Engl de ſponſalib. n. 4. §. 3.*

Secundum impedimentum impediens eſt *tempus feriarum*, quale eſt illud, quo ſolennes nuptiæ interdicuntur. Et olim fuerunt diverſa tempora, quibus matrimonium contrahere prohibitum eſt. Hodie poſt Concilium Tridentinum non licet celebrare nuptias a Dominica prima Adventus uſque ad feſtum Epiphaniæ, & a die Cinerum incluſive uſque ad octavam Paſchæ. *Trident. ſeſſ. 22. cap. 10. de Reformat. Matrimon.* Sane ſi juſta & relevans cauſa ſubſit, cum licentia Epiſcopi etiam poterit tempore feriarum matrimonium contrahi, modo id fiat ſine publica pompa, & ſcandalo. *Engl de matr. contr. cont. interdict. Eccleſ. n. 4. Zoeſ. n. 4. d. t.*

Tertium impedimentum impediens eſt *Catechiſmus*, quo nomine venit inſtructio fidei, qua olim patrini noviter baptizandum imbuerunt, & ſic quaſi ſpiritualem cognationem contraxerunt, quæ poſuit impedimentum impediens. *can. ante baptiſmum. diſt. 4. de conſecrat. cap. 2. de cognat ſpirit. in 6.* Hoc impedimentum exolevit, vide *Sanchez. lib. 7. diſp. 10.*

Quartum impedimentum impediens ſunt *ſponſalia*, de quibus ſupra, ubi diximus, quod ſponſalia de futuro ſolvantur per ſponſalia de præſenti, ſeu matrimonium, quod quidem matrimonium eſſe validum, ſed non licitum, imo graviter peccari, ſi contra prima ſponſalia contrahatur matrimonium, docet *Gonzalez in cap. 22. de ſponſal.*

Quintum impedimentum impediens eſt votum, puta ſimplex v. g. caſtitatis, ingrediendi Religionem, ſuſcipiendi ſacros Ordines, cælibatus, &c *cap. un. de vot. & voti redempt. Kœnig ad decret. tit. 16. n. 6.*

Impedimenta reliqua impedientia in deſuetudinem abierunt, adeoque, quæ in uſu non ſunt, attendi non debent, ea tamen videre poſſis apud *Kœnig d. loc.* qui idem *tit. 1. n. 127.* docet conſuetudine receptum eſſe, quod Epiſcopus in his impedimentis diſpenſare poſſit, licet regulariter inferior non diſpenſet in lege ſuperioris.

Impedimenta dirimentia his verſiculis Poeta canit:

Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus diſparitas, vis, ordo, ligamen, honeſtas,
Si ſis affinis, ſi forte coire nequibis,
Si Parochi & bini deſit præſentia teſtis.
Si mulier ſit rapta, loco nec reddita tuto.
Hæc ſocianda vetant, connubia facta retractant.

Primum itaque *impedimentum* dirimens eſt *error*, qui duplex eſt, alius *ſubſtantialis*, ſive qui decipit circa ſub-

 ſtan-

ſtantiam, ſeu perſonam, v. g. ſi putans ſe contrahere cum Berta, contrahat cum Mævia. Alius *accidentalis*, ſive, qui decipit circa qualitates perſonæ, v. g. ſi putans ſe ducere divitem, nobilem, formoſam, duceret pauperem, plebejam, & deformem, &c.

54 Error ſubſtantialis ponit impedimentum dirimens etiam de Jure naturæ, quia excludit conſenſum, *l. 23 locat. 116. §. 2 ff. de R. J.* Sine conſenſu autem matrimonium non poteſt ſubſiſtere, *cap. 26 ✠ de ſponſal.* Unde fluit, non valere matrimonium, ſi volenti mihi ducere Bertam, per fraudem ſupponatur Mævia, in tantum, ut ego conjugem vel retinendi, vel dimittendi, atque aliam ducendi liberam habeam poteſtatem. *König de caring ſerv. n. 17. Sanchez lib. 7 diſput. 18 n. 25.*

55 Error accidentalis non ponit impedimentum dirimens, licet talis error det cauſam contractui, & ex dolo contrahentis proveniat, *cap. 18. de ſponſal.* ubi dicitur matrimonium non irritari ob mendacium, vel dolum ad id inducentem, ratio: quia talis error non omnino excludit conſenſum, cum prædicatis accidentalibus non cenſeatur alligata intentio contrahentium. Unde ſua ſponte fluit, valere matrimonium initum cum puella paupere, quam divitem eſſe putavi, licet contracturus non fuiſſem, ſi ſciviſſem puellæ paupertatem; ratio non eſt alia, quam quod divitus utpote qualitati accidentali non cenſeatur alligata intentio contrahentium, & reſtrictio mentalis in matrimonio nihil operetur. *Engl tit 1. de ſponſal §. 4. n. 4. Zoeſ. ad decret. de conjug. ſerv. n. 8.*

Ex eodem principio fluit, valere matrimonium contractum cum corrupta, quam quis credidit eſſe virginem: recte ſane meo judicio, ſi enim defectus virginitatis poneret impedimentum dirimens, quis non videt, quanta incommoda in communione Reipublicæ oritura eſſent, quantaque matrimonia publice contracta, & cæca omnium opinione valida, reſcindi deberent, cum non modico præjudicio fœminarum?

Non adverſatur *1mo:* quod error perſonæ alia Sacramenta non vitiet, puta, ſi quis baptizet, ungat, ordinet, abſolvat Petrum, ratus eſſe Paulum; ergo neque vitiabit matrimonium: *R. neg. conſ.* diſparitas eſt quod in aliis Sacramentis non ineatur contractus cum perſona ſuſcipientis, nec intereſt miniſtri, quis Sacramenta ſuſcipiat, aut cui illa applicet, ſeu miniſtret. In matrimonio vero initur contractus, & intereſt contrahentis, cum quo vel cum qua contrahat; quo circa contrahens intentionem ſuam poteſt reſtringere ad certam perſonam, cum in aliis Sacramentis id non poſſit, ſed debeat habere intentionem baptizandi, vel abſolvendi, &c. perſonam præſentem, & capacem, quæcunque illa ſit. *Ita König loc. cit. n. 11.*

Non refragatur *2do:* Dolus dans cauſam contractui bonæ fidei, facit contractum nullum; *l. 7. ff. de dolo*, ergo dolus etiam decipiens circa qualitatem accidentalem faciet matrimonium nullum. Enim vero. *R. 1mo:* a contractibus ad matrimonium quoad reſciſſionem legitimum argumentum non duci, quoniam reſciſſio contra-

ctus

ctus non eſt ſcandaloſa, ſicuti matrimonii. *Engl tit. 1. de ſponſ.* § 4. *n.* 4. *N.* 2*do*: quod dolus dans cauſam contractui etiam non faciat contractum nullum, ſi decipiat circa qualitatem accidentalem, prout *in lib.* 3. DEO dante audiemus.

Porro, tametſi regulariter error accidentalis non ponat impedimentum dirimens,

56 Fallit tamen *primo*, ſi qualitas accidentalis, circa quam erratur, expreſſe apponatur per modum conditionis, ita, ut omnem in hanc conditionem conſenſum ſuſpendat, & ejus intuitu in matrimonium conſentiat, expreſſe aſſerens, ſe non conſenſurum, niſi talis conditio ſubſit, v. g. duco te, ſi dives es. Quo in caſu conditio deficiens ponit impedimentum dirimens, quia deficiente conditione, deficit conſenſus, qui eſſentialiter ad matrimonium requiritur, *Engl d. lo n.* 2. *Pirrhing de ſponſal. ſect.* 6. §. 3. *Zoeſ. ad decret. de conjug. ſerv. n.* 9. *König eod. tit. n.* 15. *Sanchez lib.* 7. *diſ.* 18. *n.* 25.

Fallit *ſecundo*: Si error qualitatis redundet in errorem perſonæ, v. g ſi volens contrahere cum primogenita Titii contrahat cum ſecundogenita: vel ſi volens contrahere cum filia pulchra Titii, contrahat cum altera filia deformi, quia non tam cenſetur habere reſpectum ad qualitatem pulchritudinis, quam ad modum diſtinguendi, hoc eſt, ut per illam qualitatem declarer, in quam perſonam conſentiar, *dd auth.*

57 *Secundum impedimentum* dirimens eſt *conditio*, ſicuti enim omnes contractus non tantum pure, ſed etiam conditionate initi poſſunt, ita quoque ſponſalia, & matrimonium ſub conditione recte contrahuntur. *Engl lib.* 4. *tit.* 5. ubi tamen

Obſerva, quod conditio alia ſit *poſſibilis*, alia vero *impoſſibilis*: conditio *poſſibilis* eſt, cui non repugnat exiſtere, ut ſi dicam, duco te, ſi mille in dotem dederis. Conditio *impoſſibilis*, vel eſt talis natura, vel Jure.

Conditio *naturæ impoſſibilis* dicitur, cujus eventus repugnat naturæ, v. g. ſi cœlum digito terigeris, ſi vulpanſerem in dotem dederis.

Jure impoſſibilis conditio dicitur, quæ repugnat honeſtati, vel bonis moribus, v. g. ſi patri tuo venenum propinaveris. Sub conditione poſſibili, quin matrimonium contrahi poſſit, nullus eſt, qui rapiat in controverſiam, idque clare deciſum eſt, *in cap.* 2. ✕ *d. condit. appoſit.* Sed

Q. XVI. Quid Juris, ſi conditio impoſſibilis matrimonio adjiciatur?

Antequam quæſtionem reſolvam, ſciendum eſt, quod conditio impoſſibilis, ſive natura, ſive Jure contractibus adjecta vitiet quemlibet contractum, quaſi cenſeantur partes non habuiſſe animum contrahendi. *L.* 31 *ff. de O. & A.* Modus autem impoſſibilis contractum non vitiat, ſed vitiatur, & pro non adjecto habetur, v. g do tibi equum, ut cœlum aſcendas, ut hæreticus fias *Zoëſ. ff. de condit. & demonſt.* Pariter conditio impoſſibilis, ſive natura, ſive lege in teſtamentis & ultimis voluntatibus habetur pro non adjecta, & vitiatur, non vitiat: ratio, quia intereſt Reipublicæ, teſta-

toris voluntatem habere exitum. §. *impoſſibilis Inſt. de hæred. Inſt.* Jam his poſitis

℞. Diſtinguendum eſſe: an conditio impoſſibilis matrimonio adjecta repugnet ſubſtantiæ matrimonii, vel aliunde turpis ſit, & impoſſibilis. Si conditio impoſſibilis repugnat ſubſtantiæ matrimonii, tunc matrimonium ſub ea contractum eſt ipſo Jure nullum. *c. fin.* ✠ *de condition.* Subſtantiæ autem matrimonii repugnare dicitur illa conditio, quæ adverſatur vel bono prolis, vel bono fidei, vel bono Sacramenti.

Bono prolis repugnat hæc conditio: Duco te, ſi generationem prolis evitaveris, ſi venena ſterilitatis ſumpſeris. *Bono fidei* adverſatur ſequens conditio Si te adulterandam dederis pro quæſtu. *Bono Sacramenti* denique refragatur hæc conditio. Duco te, donec aliam invenero.

Si conditio aliunde turpis eſt, vel impoſſibilis, hoc eſt, ſi non repugnat ſubſtantiæ matrimonii; tunc vitiatur, non vitiat, & habetur pro non adjecta, v. g. duco te, ſi furta feceris, ſi patri tuo venenum propinaveris. *d. cap. fin.* ✠ *de condit. Franz. Inſt. h. t. n. 15. Zoëſ. ad decret. de condit. appoſit. n. 1. & 2. König d. tit. 23.*

58 Q. XVII. An talis conditio: Si mecum in perpetua caſtitate vixeris, matrimonio adjecta valeat? ℞. intereſſe, an per talem conditionem partes etiam Jus exigendi copulam tollere velint, & talis conditio non valebit, quia ut ſupra oſtendimus, conſenſus in Jus exigendi copulam eſt de ſubſtantia matrimonii, cujus finis eſt generatio humanæ prolis, & niſi talis conſenſus ad matrimonium diceretur neceſſarius, inter fratrem & ſororem dici poſſet matrimonium, quod abſurdum foret.

An vero per talem conditionem Jus exigendi copulam non velint tollere, & talis conditio valebit, licet matrimonium nunquam deducatur ad executionem, ratio, quia executio non eſt neceſſaria ad matrimonium, ſed Jus exigendi executionem. *Ckling q. 16. h. t. Sanchez l. 5. diſp. 10. n. 7. fuſe Zoëſ. ad decret. de condit. appoſit. n. 6. Schmalzg. de nupt. pag. 5.*

Porro cum matrimonio non tantum aliquid adjici poſſit per modum conditionis, ſed etiam ut modus, vel demonſtratio, vel ut cauſa, ideo accurata lance trutinandum, quomodo iſta inter ſe differant, quod ipſum fortaſſis multi ignorant.

Conditio dicitur adjecta negotio alicui, quando aliquid adjicitur ſuſpendens contractum, ſive quando partes ante illius eventum obligari non volunt, & plerumque exprimitur per particulam, *ſi*, v. g. duco te, ſi mille in dotem dederis.

Modus dicitur adjectus alicui negotio, quando partes aliquem volunt præter principalem obligationem adhuc alia obligatione onerare, & regulariter exprimitur per particulam *ut*: v. g. duco te, ut mercimonia mecum tractes. En! præter obligationem matrimonii adhuc alia obligatio, puta, mercimonia tractandi. Itaque, ſi dubites, an conditio, an modus ſit, obſerva, an tale aliquid adjiciatur, ut partes ante exiſtentiam adjecti non velint eſſe obligatæ, & erit conditio: an vero voluerint eſſe obligatæ, & erit modus.

De-

Demonſtratio dicitur adjecta, quando exprimitur aliqua qualitas, quæ eſt in aliqua perſona, v. g. duco te, quæ dives es, &c.

Cauſa demum dicitur adjecta, quando denotatur ratio, quare negotium perficiatur, v. g. duco te, quia pulchra, quia dives es, ita more ſuo erudite *Engl loc. cit. n. 3.*

Modus, demonſtratio, & cauſa, ſive poſſibiles ſint, ſive impoſſibiles, matrimonium non vitiant, ſed vitiantur, & habentur pro non adjectis, quia per adjectionem talis cauſæ, modi, aut demonſtrationis non tollitur conſenſus in principalem obligationem. *Pirrhing ad decret. loc. cit* §. 5. *Engl n. 20. loc. cit. Zoëſ. n. 16. loc. cit. König n. 28.*

Cæterum, cum hodie poſt Concilium Tridentinum matrimonium coram Parocho, & teſtibus contrahi debeat, & alias utpote clandeſtinum non valeat, inauditum fere eſt, ſub conditione, modo, cauſa, vel demonſtratione matrimonia contrahi.

60 *Tertium impedimentum* dirimens eſt *votum*, quod nihil eſt aliud, quam promiſſio deliberata DEO facta de meliori bono.

Votum aliud eſt *ſolemne*, aliud *ſimplex*. Illud eſt, quod in Religione ab Eccleſia approbata emittitur, vel ſacris ordinibus clericalibus majoribus annexum eſt. *Simplex* eſt, quod extra Religionem absque ſacris Ordinibus emittitur. Tale votum eſt votum caſtitatis, ingrediendi religionem, vivendi in cælibatu.

Votum ſolemne ponit impedimentum dirimens matrimonii. *Concil. Trident ſeſſ. 24. cap. 9.* idem ſtatuit *cap. un. de vot. redempt. in 6.* Votum ſimplex ponit duntaxat impedimentum impediens, non dirimens. *d. cap. un.* Ratio non eſt alia differentiæ, quam quod inter impedimenta dirimentia votum ſimplex non enumeretur, quæ cum odioſa ſint, reſtringi debent. *Pirrhing. tit. 6. lib. 4.* §. 2. ubi dicit: Licet votum ſolemne & ſimplex a parte & natura rei non differant, differunt tamen ex Eccleſiæ conſtitutione; voto enim ſolemni annexum eſt impedimentum dirimens, ſimplici non etiam, *d. cap. un.* Advertis modo, quod diſſolutio matrimonii ob votum non deſcendat ex Jure Divino, ſed ex Jure poſitivo Eccleſiaſtico; quia alias votum etiam ſimplex poneret impedimentum dirimens, quoniam quoad DEUM non minus obligat votum ſimplex, quam votum ſolemne. *cap. 6.* X *Qui clerici vel voventes &c. Zoëſ. ad decret. lib. 4. tit. 6. n. 7. König eod. tit. n. 12. Sanchez lib. 7. diſp. 26.*

Id adhuc obſerva, quod is, qui poſt votum ſimplex caſtitatis matrimonium contrahit, debitum conjugale ante obtentam diſpenſationem nunquã poſſit petere, ſed tantum reddere: quia quatenus a vovente obſervari poteſt, tenetur obſervare. Reddere autem tenetur, ne per ſuum votum alteri præjudicet. Secus eſt, ſi quis votum ingrediendi Religionem, ſuſcipiendi ſacros Ordines, vivendi in cælibatu emiſerit, & deſuper matrimonium contraxerit, talis enim & petere, & reddere poteſt debitum conjugale, quia necdum caſtitatem actu promiſit. *Sanchez lib. 9. diſput. 22. n. 9,*

N

n. 9. Engl. de Clericis, qui voventes, &c. n. 2.

61 *Quartum impedimentum* dirimens eſt *cognatio.* Quæ triplex eſt, *cognatio naturalis*, *ſpiritualis*, & *legalis.*

Quid ſit cognatio *naturalis*, ſive conſanguinitas, quomodo ejus gradus computentur, & quouſque conſtituat impedimentum dirimens, dictum ſatis eſt ſupra de computatione graduum, ubi vide.

Cognatio *ſpiritualis* eſt propinquitas orta ex Baptiſmo, Confirmatione. Hodie iſta cognatio duntaxat ponit impedimentum dirimens, nonniſi inter baptizantem, vel confirmantem, baptizatum, vel confirmatum, ac ejus parentes, nec non inter patrinum, baptizatum, vel confirmatum, ac ejus parentes. Ita *Concil. Trident. Seſſ. 24. cap. 2. de Reform. matrim.* ut ecce! Titius baptizat Cajum, & officio patrinorum fungitur Sempronius & Mævia. Hoc in caſu Titius contrahit cognationem ſpiritualem cum Cajo, & hujus parentibus, Sempronius vero & Mævia contrahunt cum Cajo baptizato, nec non cum ejus parentibus cognationem ſpiritualem. Idque explicatur his verſiculis:

Baptizans, baptizatus, baptizative parentes,
Levans, levatus, levatique parentes. Unde

Sequitur 1. Baptizatum, vel ipſius patrem hodie non impediri contrahere matrimonium cum uxore levantis, aut baptizantis; quando quidem cognatio ſpiritualis perſonas prænominatas non egreditur, licet ante Concilium Tridentinum ſecus fuerit. *cap. Martinus 2. de cognat. ſpirit.*

Sequitur 2. Pari ratione, ſi vir & fœmina ſimul infantem ex ſacro fonte levent, eos nullam inter ſe contrahere cognationem, ac propterea ſine peccato, aut impedimento uſus matrimonialis maritum & uxorem poſſe ſimul ſuſcipere infantem. *Sanchez. lib. 7. diſp. 59. n. 5.* ſecus olim. *cap. fin. cauſ. 30. q. 4.*

Sequitur 3. Etiam inter baptizantem & levantem nullum naſci impedimentum, cum & de his Concilium Tridentinum nullam mentionem faciat.

Sequitur 4. Nec inter baptizatum & filiam baptizantis aut levantis ullam contrahi cognationem, ex dicta ratione. ſecus olim. *Cap. 3. & cap. fin. de cognat. ſpirit. König d. t. n. 6. 7. & 8. Zoeſ. eod. n. 4.*

Q. XVIII. Quis contrahat cognationem ſpiritualem, ſi patrinus non ipſe levet, ſed ejus nomine procuratorem mittat? ℞. juxta conſuetudinem, & declarationem Cardinalium contrahi ab ipſo Principali, quod enim quis per alium facit, per ſe ipſum feciſſe intelligitur; cæterum abſtrahendo a conſuetudine, vel declaratione Cardinalium probabiliter in rigore Juris defendi poteſt, cognationem ſpiritualem nec ab ipſo Principali, nec a procuratore contrahi. Non a procuratore, quia levat alio nomine, atque ideo non habet intentionem contrahendi cognationem ſpiritualem. Non a principali, quia actu non tetigit infantem, qui tamen contactus phyſicus neceſſario requiritur. *Cauſ. 30. q. 1.*

q. 1. 2. 3. & 4. vide König pulchre hac de re diſſerentem loc. cit.

Eadem, quæ hactenus dicta ſunt, procedunt etiam in baptiſmo ex neceſſitate facto. *Pirrhing. d. l. §. 7. Engl eod. n. 7.*

Fallit tamen in patre, qui in neceſſitate baptizans non contrahit cognationem ſpiritualem, ne alias citra culpam petitione debiti conjugalis privetur. *König n. 21.*

62 Cognatio *legalis* eſt vinculum civile ex adoptione reſultans. Hæc cognatio ponit etiam impedimentum dirimens, non de Jure naturæ, vel Divino, ſed tantum Eccleſiaſtico. *König de cognat. legali n.* 12. Et quidem de Jure Canonico non reperitur alia prohibitio expreſſa, quam inter adoptantem, & adoptatum. Item inter filiam adoptantis naturalem, & filium adoptivum, *can. 1. cauſ. 30 q. 3. cap. un. Ext. de cognat. legali.* De Jure vero Civili latior eſt hujus impedimenti extenſio, eamque ſequitur Jus Canonicum, *arg. cap. 1. de nov. op. nunciat.* ubi Jus Canonicum non deſignatur conſtitutiones civiles claras ſequi.

Notandum tamen eſt, non ex qualibet adoptione conſurgere impedimentum dirimens, ſed duntaxat illa, quæ patriam poteſtatem inducit, qualis eſt, quæ ab aſcendente facta eſt, vel atrogatio, de quibus tit. ſequenti. Interea ſit

Concluſio *1ma*: Inter eos, qui per adoptionem ſibi loco parentum & liberorum eſſe cœperunt, non durante tantum, ſed etiam finita atrogatione, non poſſe conſiſtere matrimonium uſque in infinitum, quia cognatio legalis imitatur naturalem. *L. 55. ff. de ritu nupt. Pirrhing. de cognat. leg. §. 3.*

Concluſio *2da*: In linea collaterali, ſive inter eos, qui fratrum & ſororum locum obtinent; euſque ſe extendit impedimentum, quouſque patria poteſtas: proinde inter adoptatum, & filiam naturalem adoptantis matrimonium conſiſtere non poteſt, durante adoptione & patria poteſtate: quod ſi vel per mortem, vel per emancipationem ceſſet adoptio, & patria poteſtas, inter eos matrimonium valide contrahitur. *c. un. de cognat. leg. §. 2. Inſt. h. t. l. 17. ff. de ritu nupt. Engl de cognat. legal n. 5.*

Concluſio *3tia*: Cognatio legalis dirimit matrimonium inter eos contractum, qui ſe habent invicem per modum affinitatis, ſic inter adoptatum, & uxorem adoptantis ex una parte, & inter adoptantem & uxorem adoptati ex altera parte matrimonium non ſubſiſtit, etiamſi adoptio per mortem adoptantis aut emancipationem adoptari ceſſaverit. *L. 14. ff. de rit. nupt. Pirrhing. § 3. loc. cit.* Honeſtius tamen eſt, abſtinere ab his nuptiis. *Zoeſ. n. 5. de cognat. legali.*

Concluſio *4ta*: Inter ipſos adoptatos ab eodem patre matrimonium non eſt prohibitum. Unde aliqui probabiliter docent, poſſe filium adoptatum ducere filiam adoptivam. Ratio, quia nullus textus eſt, qui tale matrimonium prohibeat, adeoque erubeſcimus ſine lege loqui. *Engl n. 5.*

Concluſio *5ta*: Tametſi unio prolis, die Einkindſchafft, oder Erb-Verbrüderung, ſit ſpecies adoptionis, ejuſdemque ſolemnitates requirat, *Gail.*

 lib.

lib. 2. obſ. 125. n. 6. & 7. exinde tamen non naſci impedimentum dirimens, verius obtinet: Impedimenta enim dirimentia utpote odioſa reſtringenda ſunt. *König de cognat. legali n. 10.*

63 *Quintum impedimentum* dirimens eſt *crimen*, puta, adulterii, vel conjugicidii.

Crimen itaque adulterii ponit impedimentum dirimens, adeoque, ſi quis durante legitimo committat adulterium, ac fidem inſuper det de matrimonio poſt mortem conjugis contrahendo, vel etiam defacto nuptias per verba de præſenti attentet, contrahit impedimentum criminis, quod eſt impedimentum dirimens, & facit, ut nunquam inter tales adulteros matrimonium valere poſſit. *c. 3. 6. de eo, qui duxit in matrimon. quam poll. per adulter*

Ut hoc impedimentum conſurgat, requiritur 1. ut ex utraque parte interveniat formale adulterium, *c. 1. d. t.* 2. ut præter adulterium vel matrimonium promittatur, vel ſuperſtite conjuge defacto attentetur forte per machinationem in mortem conjugis. *c. pen. eod.* 3. ut promiſſio ab altera parte acceptetur, verba enim cum effectu accipienda ſunt; promiſſio autem non acceptata eſt nuda pollicitatio, *l. 10. ff. de donat.* 4. ut promiſſio ſit pura, hoc eſt, in nullum eventum ſuſpenſa: vel ſaltem, ut ante mortem conjugis fuerit purificata, ut ſcilicet præbeat captandæ mortis occaſionem, *Pirrhing. d. t. § 2. Sanchez lib. 7 diſp 79.*

Ex dictis ſequitur, ſi ſtante matrimonio uxor promittat alicui matrimonium, ſi maritus mortuus fuerit, non conſurgere impedimentum dirimens; tametſi enim talis promiſſio etiam inducat votum captandæ mortis, impedimenta tamen matrimonii dirimentia, cum odioſa ſint, ultra caſus expreſſos extendenda non ſunt, & conſequenter ſola promiſſio ſine adulterio ad tale impedimentum conſtituendum non ſufficit. *Pirrhing. loc. cit. §. 1. Engl. d. t. König n. 11. & 12.*

Crimen conjugicidii contrahitur, ſi quis conjugem, intentione matrimonii cum determinata perſona ineundi, interficiat. *c. 6. ✗ de eo, qui duxit in matrem. &c.* Ut hoc impedimentum conſurgat, requiritur 1. ut conjux occidatur, hinc machinatio ſine effectu, & actuali occiſione conjugis non ſufficit, quia in materia pœnali & odioſa verba ſtricte, & cum effectu accipienda ſunt, *can. Si quis, cauſ. 31. q. 1.* 2. ut occidatur cum intentione contrahendi matrimonii cum ſuperſtite conjuge, hinc conjugicidium, quod ex rixa vel illata injuria conſurgit, non ponit impedimentum dirimens. *Sanchez lib. 7. diſp 78.* 3. ut occidatur communi partium conſenſu. *cap. 1. de converſ. infid. cap. 3. de eo, qui duxit in matrem. &c.* Hinc ſi facto unius tantum perpetretur conjugicidium, non aliter hoc impedimentum inducitur, quam ſi accedat adulterium. *cap. 1. & 6. eod Franz. Inſt. h. t. n. 18. König cit. n. 9.*

Sextum impedimentum dirimens eſt *cultus diſparitas*; ſi enim fidelis contrahat cum infideli, matrimonium non tenet, quia poſtquam Chriſtus matrimonium elevavit ad naturam Sacramenti, non poteſt a fideli amplius 64

con-

contrahi, quin charactere Sacramenti ſit ſignatus; atqui infidelis, utpote qui Sacramenti recipiendi incapax eſt, ita ſignari non poteſt, ergo. Deinde Apoſtolus 2. ad Corinth. 6. edixit: *Nolite jugum ducere cum infidelibus.*

Dices: Valet matrimonium Catholici cum hæretica, ergo etiam fidelis cum infideli. ℞. *neg. conſ.* quia in hæreticis character Sacramenti locum habet, cum illi baptiſmum habeant, non etiam infideles. *Chlingenſperg p. 11. ob. 1. de nupt h. t. Sanchez lib. 7 diſp. 72 n. 5. & communiter omnes.*

65 *Septimum impedimentum* dirimens eſt vis ſeu *metus*. Ubi

Obſerva: Quod vis in eo a metu quidem differat, quod vis ſit corporalis coactio de præſenti alicui illata, metus autem ſit inſtantis vel futuri periculi cauſa mentis trepidatio; cum tamen æque per vim, quam per metum alicui tollatur libertas conſenſus, ideo, quod de metu dicitur, idem de vi cæteris paribus intelligendum erit.

66 Metus dividitur 1. in *gravem* & *levem*. Metus *gravis* dicitur, qui cadit in virum conſtantem, ſive quo malum timetur, quod etiam viro cordato & conſtanti videtur formidabile. Talis eſt metus mortis, carceris, mutilationis, ſervitutis, atrocium verberum, exilii, &c. Metus *levis* eſt, qui cadit in hominem inconſtantem, v. g. ſi minor majori minaretur verbera. Sane num metus gravis, num levis dicendus ſit, diſcreti Judicis arbitrio relinquendum eſt, qui ex qualitate perſonarum metum determinare debet; metus enim in fœmina, vel puero gravis eſſe poterit, qui reſpectu viri conſtantis levis eſt.

Dividitur 2. in *juſtum* & *injuſtum*. Metus *juſtus* eſt, cui quis per ſuam propriam improbitatem cauſam dedit; talis eſt, qui flagitium commiſit, & timorem accuſationis, carceris, torturæ, vel pœnæ contrahit. Sic etiam metus juſtus erit, ſi quis metu incurrendæ cenſuræ Eccleſiaſticæ matrimonium contrahit. *Injuſtus* eſt, qui integro vitæ, ſceleriſque puro infertur. His poſitis ſequitur

Aſſertio *1ma*. Metus juſtus, ſive gravis, ſive levis ille ſit, matrimonium non reddit nullum. Ratio, quia ideo matrimonium ob metum initum nullum eſſet, ne contrahenti ex metu fiat injuria; atqui is, qui metum patitur, cui improbitate propria cauſam dedit, injuriam non ſuſtinet, ergo. *Sanchez lib. 4. diſp. 12. n. 3.* 67

Aſſertio *2da*. Metus levis etiam non dirimit matrimonium, quia non tollit liberam voluntatem, adeoque talem metum debet homo cordatus contemnere, quod ſi non fecerit, ſibi & ſuæ vecordiæ imputet.

Aſſertio *3tia*: Metus gravis & injuſte incuſſus dirimit matrimonium, *cap. 14. 15. 28. de ſponſal. & cap. 2. de eo, qui duxit in matrim.* Ratio, quia tollitur libertas per metum. *König d. t. p. 2. n. 25.*

Dices: Matrimonium dolo initum non eſt ipſo Jure nullum, ſaltem ſi dolus verſetur circa qualitatem accidentalem, ergo neque metu initum. ℞. *conc. ant. neg. conſ.* diſparitas eſt, quia violentia palam infertur, in quam homines non ſunt ita proclives, ſicuti in dolos, qui clam plerumque committuntur. Hinc non expediebat matrimo-

 nia,

nia, dolo inita, ipſo Jure eſſe irrita, futurum enim erat, ut plurima conjugia communi omnium opinione valida, dolo poſt tempus detecto, cum ingenti perturbatione Reipublicæ, & damno liberorum declarari deberent irrita.

Octavum impedimentum dirimens conſtituit *ſuſceptio Ordinum*, puta *majorum*. Ratio, quia habent annexum ſolenne votum caſtitatis, quod eſt impedimentum dirimens, *cap. 1. & 6. de Clericis conjug. cap. 1. & 2. qui Clerici vel vovent.* Ordines minores non tantum non dirimunt matrimonium, ſed neque impediunt. *cap. 2. de Cler. conjug. Engl, qui Clerici vel vovent matrim. n. 4. Sanchez 7. diſp. lib. 46.*

Nonum impedimentum dirimens eſt *ligamen*, quia polygamia eſt tam de Jure Divino, quam humano prohibita, adeoque fœmina non poteſt habere plures maritos, neque unus maritus plures uxores *cap. 1. & 2. de ſponſa duorum. Trident. ſeſſ. 24. cap. 2.*

Non obſtat, quod in Veteri Teſtamento licuerit ſimul, & ſemel habere plures uxores, quia id conceſſum fuerat ad multiplicationem generis humani, quæ ratio hodie ceſſat. *Engl de ſponſa duor.*

70 *Decimum impedimentum* dirimens eſt *publica honeſtas*, quæ definitur, quod ſit, quaſi affinitas ex ſponſalibus reſultans. Differt ab affinitate, quia affinitas non oritur ex animorum conjunctione, ſed corporum, puta ex copula carnali, *cap. 3. de ſponſal.*

71 Olim publica honeſtas diremit matrimonium usque ad quartum gradum inſtar conſanguinitatis, & veræ affinitatis, *cap. pen. & ult. de conſang. & affinit.* de Jure vero Concilii Tridentini *Seſſ. 24. cap. 3.* conſtitutum eſt, ut primum gradum nunquam tranſcendat, adeoque hodie poſſit ſponſus cum omnibus reliquis ſponſæ conſanguineis matrimonium contrahere, excepta ſola matre, filia, ſorore. viciſſim ſponſa cum ſponſi conſanguineis, excepto patre, filio, & fratre. *König de ſponſa duor. n. 4.*

Dicta procedunt in ſponſalibus de futuro, non vero de ſponſalibus de præſenti, ſeu matrimonio rato, hæc enim dirimunt matrimonium uſque ad quartum gradum: Ratio, quia olim impedimentum publicæ honeſtatis uſque ad quartum gradum matrimonium prohibuit, non facta diſtinctione inter ſponſalia de præſenti, & de futuro. Jam vero Concilium Tridentinum, quoad ſponſalia de futuro, Jus antiquum correxit, quoad ſponſalia de præſenti vero non facit mentionem, adeoque, quod non mutatum, cur ſtare prohibeatur? *König loc. cit. Engl de ſponſal. §. 6.*

Undecimum impedimentum eſt *affinitas*, de qua in principio diximus.

Duodecimum impedimentum eſt *impotentia*, inhabilitas exercendi copulam conjugalem, generationi prolis deſervientem.

Dividitur impotentia *1mo*: in *perfectam* & *imperfectam*. *Perfecta* eſt ineptitudo, & inhabilitas exercendi copulam perfectam, qualis dicitur, quæ fit cum emiſſione veri ſeminis intra vas debitum. Tali impotentia laborant caſtrati, ſeu Eunuchi, qui utroque teſticulo orbati ſunt; hi enim tametſi membrum erigant, atque quandam materiam

Google

tiam aquoſam emittant, non tamen apta eſt ad generationem prolis.

Imperfecta eſt, quæ non tollit ſubjecto ſuo habilitatem ad perfectam copulam, ſed generationem duntaxat impedit. Tali impotentia laborant ſteriles, hi enim verum ſemen effundere poſſunt in vas fœmineum, quamvis ob indiſpoſitionem ſubjecti, aut aliam qualitatem accidentalem ſit improlificum.

2do: diſpeſcitur impotentia in *perpetuam*, & *temporalem*. *Perpetua* dicitur, quæ per media licita, facilia, aut ordinaria tolli non poteſt. *Temporalis*, quæ vel ſua ſponte deſitura eſt, aut certe modo humano curari poteſt. Sic, v. g. impotentia, quæ naſcitur ex defectu ſufficientis ætatis, dicitur temporalis, quia decurſu annorum ſua ſponte deſitura eſt. Sic quoque impotentia, quæ arte humana curari poteſt, habetur pro temporali. Illa vero, quæ per artem humanam, vel ſine diſcrimine vitæ tolli non poteſt, habetur pro impotentia perpetua. *Zoëſ. ad decret. de frigid. & maleficiat. n. 3.*

3tio: diſpeſcitur impotentia in *abſolutam*, & *reſpectivam*. *Abſoluta* dicitur, quæ ponit inhabilitatem coeundi cum qualibet fœmina: tali impotentia laborant caſtrati, nec non exceſſive frigidi, quibus membrum nunquam ſurgit; vel exceſſive calidi, qui præpropere emittunt ſemen, nec vas exſpectare poſſunt. *Reſpectiva* dicitur, quæ ponit inhabilitatem coeundi cum hac vel illa fœmina, veluti ſi incantatione magica effectum ſit, ut nequeam cum Titia commiſceri: vel ſi Titia reſpectu mariti, forte ſat bene proviſi, ſit arcta nimis.

4to: dividitur impotentia in *antecedentem*, & *ſubſequentem*. *Illa* dicitur, quæ ſuberat ante matrimonium contractum. *Hæc*, quæ matrimonio contracto ſupervenit. Jam ſequitur

Aſſertio 1*ma*: Impotentia perfecta, perpetua, & abſoluta dirimit matrimonium. Ita *Franz. Inſt. b. t. n. 25. Zoëſ. ad decret. de frigid. & maleficiat. König eod. n. 7. Sanchez lib. 7. diſp. 92. n. 7.* 72

Ratio, quia, ut matrimonium conſiſtat, debet poſſe fieri mutua traditio corporum ad uſum humanæ generationis; atqui perfecte, & perpetuo impotentibus traditio hæc eſt impoſſibilis; ergo cum impotentia perfecta & perpetua non poteſt conſiſtere matrimonium. Et hæc concluſio eſt univerſalis, probaturque per *cap. 2* ꝯ *de frigid. & maleficiat. Sanchez loc. cit. n. 2.*

Unde ſua ſponte fluit, Eunuchos, 73 qui videlicet utroque teſticulo orbati ſunt, non poſſe contrahere matrimonium: ad matrimonii enim veritatem requiritur, ut quis poſſit verum ſemen intra vas fœmineum intromittere, qua potentia carent Eunuchi; ergo. Sane, 74 qui uno duntaxat teſticulo orbatus eſt, qualem nos ſpadonem vocamus, a contrahendo matrimonio non coercetur; licet enim virtus unita fortior ſit, nihilominus tamen etiam is, qui unum duntaxat teſtem habet, æque poterit virtutem generandi exercere, quam is, qui unum oculum habet, actum videndi. *Sanchez loc. cit. n. 14.* Porro, ſicuti impotentia perfecta, abſoluta, & perpetua reſpectu omnium conſtituit impedimentum dirimens, ita pariter impotentia reſpectiva conſtituit im-

impedimentum dirimens reſpectu illorum, reſpectu quorum verſatur, quia videlicet eſt eadem ratio, cum fieri non poſſit mutua traditio corporum ad uſum humanæ generationis. Non tamen marito, neque uxori ſtatim credi debet, ſi impotentiam perpetuam abſolutam, vel reſpectivam allegent, ſed probatione opus eſt, quæ ſi ſtatim ex oculari inſpectione appareat, & impotentia illa manifeſta ſit, tunc ſtatim abſque mora ſeparatio conceditur: ſin minus, triennium ipſis indulgetur, intra quod matrimonii conſummationem tentare poſſint: triennio vero transacto, ſi nihil perfecerint, matrimonium declarabitur nullum; ita tamen, ut prius jurent, ſe adhibita omni opera matrimonium conſummare non potuiſſe, *Engl loc cit n. 6. Maſcard. de probat. concluſ. 316. n. 5.* Sane, ſi mulier ſine periculo vitæ inciſionem pati poſſit, tenebitur illam admittere. *cap. fraternitatis de frigid. & maleficiat. Sanchez loc. cit. n. 6.*

Aſſertio 2da: Impotentia perfecta, perpetua, ſed ſubſequens, non dirimit matrimonium ſemel rite contractum. Probatur ex *can. 25. cauſ 32. q. 7.* ubi generaliter dicitur, ob nullam infirmitatem ſupervenientem conjugia diſſolvi poſſe, ergo neque poſſunt ob ſupervenientem impotentiam. *Engl n. 2. loc cit. König n. 13.*

Aſſertio 3tia: Impotentia perfecta, & antecedens, ſed temporalis, itidem non dirimit matrimonium. Quoniam ubi eſt poſſibilis humana generatio, eſt etiam poſſibilis traditio corporum ad uſum humanæ generationis; atqui per impotentiam temporalem humana generatio non redditur impoſſibilis; ergo neque redditur impoſſibilis traditio corporum ad uſum humanæ generationis. Quod tamen ita procedit, ſi impotentia temporalis non fundetur in defectu ſufficientis ætatis: impubes ſiquidem matrimonium non poteſt contrahere, eſto impotentia laboret duntaxat temporali, *cap. 10. & cap. fin. de deſponſ. impub.*

Aſſertio 4ta: Impotentia imperfecta, ſive antecedens, ſive ſubſequens, non dirimit matrimonium. Quia talis impotentia non reddit impoſſibilem mutuam traditionem corporum ad uſum humanæ generationis. Unde ſua ſponte fluit, ſteriles valide contrahere matrimonium. *can 27. cauſ. 32. q. 7. Ratio*, quia poſſunt exercere perfectam copulam.

Ex eodem fonte fluit, ſenes ad matrimonium contrahendum eſſe habiles, quia vix unum reperies ætatis tam decrepitæ, in quo potentia generativa ita marcida ſit, ut non quandoque refloreſcat, ac arte juvari poſſit, ad parandum ſemen generationi prolis per ſe idoneum.

Sane ſingas ſenem tam exhauſtum, tam pavidum, tam effœtum, ut judicio Medicorum ad copulæ exercitium juvari nequeat, matrimonium valide contrahere vix eſt, ut poſſit, quia cum ineptus ſit ad perfectam copulam, corpus ſuum tradere non poteſt in ordine ad generationem prolis. *Sanchez lib. 7. diſp. 92 n. 24.* Fœmina quantumcunque vetula, matrimonium valide contrahit; quoniam ſemper vim pati poteſt; & exercere copulam perfectam, tametſi forte generandi, & con-

concipiendi potentia exoleverit: quia hoc tantum per accidens eſt, ſicut in ſterilibus. *Sanchez n. 22.*

Decimum tertium impedimentum dirimens eſt *clandeſtinitas*, quæ dirimit matrimonium illorum, qui contrahunt aliter, quam coram Parocho, & ſine duobus teſtibus. *Trident. cap. 1. de reformat. matrim.* Quaſi clandeſtinitas eſt omiſſio trium denuntiationum ſine cauſa facta, quæ tamen omiſſa non irritat matrimonium. *Engl. de clandeſt. deſponſ. n. 3.*

75 *Decimum quartum* & ultimum *impedimentum* dirimens eſt *Raptus*, ſive violenta abductio fœminæ invitæ. Si quis ergo fœminam invitam e loco, ubi morabatur, in alium moraliter diverſum matrimonii contrahendi gratia violenter abduxerit, non poteſt illam ducere, quamdiu loco tuto non fuerit tradita. *Trident. ſeſſ. 24. cap. 6.*

Tria itaque concurrant, neceſſe eſt, ut impedimentum hoc conſurgat. 1. ut raptus fuerit violentus & involuntarius: ſi conſentiat, impedimentum hoc non inducitur, quia Concilium Tridentinum libertati voluit conſulere. 2. Mulier matrimonii contrahendi gratia ſit abducta, non libidinis ſatiandæ cauſa. 3. Ut ducatur fœmina eo loco & tempore, quo moratur in poteſtate raptoris. Extra poteſtatem raptoris conſtituta, & in loco tuto collocata, ſi conſentiat, tenet matrimonium. *Sanchez lib. 7. diſp. 13. n. 4. & 7. König lib. 4. tit. 7. pag. 2.* Dixi, *quod ſecundo requiratur*, ut matrimonii contrahendi, non libidinis ſatiandæ, vel alterius cauſæ, aut rei gratia mulier abducatur; Concilium enim Tridentinum voluit duntaxat libertati matrimonii conſulere. Unde ſequitur, ſi mulier ſit abducta ad ſatiandam libidinem, vel alterius rei cauſa, matrimonium non irritari, quod poſtea ſecutum eſt, quia mulier non eſt abducta matrimonii contrahendi cauſa, adeoque non eſt violata libertas matrimonii. *König loc. cit. n. 15.*

§. Aliquando 13. de legitimatione.

HActenus de prima cauſa inductiva patriæ poteſtatis, ſequitur de ſecunda, quam ponit legitimatio, quæ Latinius, natalium reſtitutio, appellati ſolet. *Schamb. Inſt. hic.*

76 Definitur legitimatio, quod ſit *actus, quo liberi naturales efficiuntur legitimi.*

Dividitur in legitimationem, quæ fit per ſubſequens matrimonium, reſcriptum Principis, & per oblationem curiæ.

Legitimatio, quæ fieri ſolebat per oblationem curiæ, ab uſu receſſit. Iſte modus autem legitimandi tunc locum habebat, ſi pater filium naturalem, id eſt, ex concubina extra matrimonium ſuſceptum curiæ, id eſt, ordini decurionum obtulerit, ut inter decuriones numeraretur, hoc ipſo filius efficiebatur legitimus. Hunc modum introduxit Theodoſius Imperator, ut multi invitarentur ad curias, quarum conditio dura fuit, & oneroſa, ut proinde non facile reperirentur homines, qui munia illa ſuſciperent, quisque enim ea ſubire fugiebat. Filiæ ita offer-

O

ferri curiæ non ſolebant, nec poterant, quia fœminæ muneribus publicis non funguntur, attamen filia naturalis legitima efficiebatur, ſi nupſerat curiali viro. *L. 3. C. de nupt. Perez. hujuſ. loc.*

Legitimatio per *ſubſequens matrimonium* definitur, quod ſit actus, quo liberi naturales per ſubſequens matrimonium, cum eorum matre contractum, redduntur legitimi. Poſſet videri, huic legitimationi locum ætate noſtra non amplius eſſe, cum concubinatus ſublatus ſit, ex quo liberi naturales naſcebantur, de Jure autem Civili non alii legitimari poſſunt, quam naturales, & ex concubina nati. Sed dicendum, illos Jure noſtro naturales appellari, qui ex virgine, aut vidua honeſta concepti ſunt. *Gomez. in legem taur. 9. n. 1.* Ratio, quia concubinatus prohibitus, & reprobatus eſt, & Jus Canonicum ſe non fundat ſuper concubinatu, ſed ſuper virtute & potentia matrimonii. Hinc de Jure Canonico quælibet proles ex ſoluto & ſoluta ſuſcepta legitimari poteſt, *cap. tanta 6. ✠ qui filii ſint legitimi. Mønz. lib. 3. tit. 10. n. 16.*

78 Requiſita legitimationis per ſubſequens matrimonium tria ſunt.

1mo requiritur, ut matrimonium ſit legitime initum, hodie coram Parocho & teſtibus, *Concil. Trident. ſeſſ. 24. cap. 2. de reformat. matrim.* quia alias, quod nullum eſt, nullum parit effectum, & non entis nullæ ſunt qualitates. *L. 41. verſ. quoniam. ff. ſi cert. pet.*

79 Q. I. *Poſſintne liberi naturales legitimari per ſubſequens matrimonium etiam in articulo mortis contractum?* ℞. poſſe. Ita reipſa docent *Harp. hic n. 18. Hunn. Var. reſolut. lib. 1. tract. 3. q. 28. Zoeſ. ad Jus Canon. lib. 4. tit. 17. n. 14. Monz. lib. 3. tit. 10. n. 20. Engl ad Jus Canon. qui filii ſint legitimi. n. 9. Franz. Inſt. de nupt. part. 3. § 4. n 8. Gonzalez in cap. 1. ✠ qui filii ſint legitimi. n. 21.*

Probatur hæc ſententia ſolida & efficaci ratione: quia certum eſt & indubitatum, uſque ad ultimum vitæ terminum contrahi poſſe matrimonium, conſenſus enim, non concubitus nuptias facit. *L. 30. ff. de R. I.* & copula non eſt de matrimonii eſſentia, ſed ſufficit generandi potentia, quæ & tunc adeſt, licet per extrinſecum morbi impedimentum ejus uſus ſit ſuſpenſus. Jam ſic arguo: ut legitimatio liberorum procedat, requiritur, ut inter parentes contrahatur matrimonium; atqui matrimonium a quocunque infirmo, & morti vicino recte contrahitur, ergo, &c. accedit maximus legitimationis favor, qui in hoc conſiſtit, quod publice interſit, civitatem legitimis civibus repleri.

Dices: Ut teneat matrimonium, debent partes ad uſum matrimonii eſſe habiles, quia alias finis conjugii principalis & præcipuus, ſcilicet procreatio ſobolis, deficeret; ſed moriturus ad uſum matrimonii non eſt habilis; ergo non poteſt inire matrimonium: ſi hoc, legitimatio non procedit. ℞. *Dist. maj.* ut teneat matrimonium, debent partes eſſe habiles, per ſe & ex natura rei, *conc. maj.* tam per ſe, quam per accidens, *neg. maj.* & taliter *diſtin. min. neg. conſ.* Momentum & hora mortis

tis incerta eſt, ſæpe enim deſertus a medicis convaluit, & civitatem replevit liberis. Unde moriturus ex natura rei non eſt inhabilis ad uſum matrimonii, ſperat enim, dum ſpirat, fore, ut convaleſcat; quod ſi inſperata mors ſpem ejus fallat, per accidens eſt, & caſui imputandum, qui nullum liberis generare debet præjudicium.

2do requiritur ad legitimationem per ſubſequens matrimonium, ut proles ex iis ſit concepta, inter quos matrimonium minime legibus interdictum fuerat. *§. fin. Inſt. hic. Nov. 89. cap. 8. §. Si quis igitur. Zoeſ. loc. cit. n. 27. Manz. d. loc. n. 26.* Ratio, quia illi tantum per ſubſequens matrimonium efficiuntur legitimi, qui nati ſunt ex tali coitu fornicario, qui poterat conjugalis eſſe.

80 Unde ex complexu adulterino, inceſtuoſo, aut alio damnato coitu ſuſcepti per ſubſequens matrimonium legitimari non poſſunt. Ratio, quia requiritur de forma, ut proles ex talibus perſonis ſit ſuſcepta, inter quas non eſt prohibitum legibus matrimonium. *d. §. fin. & cap. tanta. 6. ✠ qui filii ſint legitimi.* Ratio rationis, quia legitimatio procedit mediante fictione, & retrotractione ipſius matrimonii, adeoque neceſſarium eſt, quod detur habilitas extremorum, puta, extremi a quo, & extremi ad quod. *arg. l. bonorum. ff. rem ratam haberi, & L. 1. §. fin. ff. de appellat. Schneid. Inſt. de patria poteſt. n. 20. Chlingenſp. Inſt. de nupt. qu. 63. ob. 2. Manz. loc. cit. n. 27.*

81 Q. II. *An legitimatio per ſubſequens matrimonium locum habeat, ſi tempore conceptionis inter partes non potuit conſiſtere matrimonium; bene vero tempore nativitatis?* ut ecce! Ego uxoratus adulterina libidine contaminavi Bertam, antequam deinde proles primo vagitu lucem ſalutaſſet, deceſſit uxor mea, quæſtionis eſt: *ſi Bertam in uxorem ducam, an proles legitimetur?*

Sunt, qui affirmativam utraque manu propugnent, quos inter agmen ducit *Molin. de J. & J. diſp. 172. n. 2.* cui ſe aſſociant *Franz. Inſt. de nupt. part. 3. §. 2. n. 5. Sanchez de matrim. lib. 8. diſp. 7. n. 19. Fachin. l. 3. contr. 50. Mantic. de conject. ult. vol. l. 11. tit. 12. n. 5. Fuſar. de ſubſtit. quæſt 409. Gonzalez in c. 1. ✠ qui filii ſint legit. n. 12. Manz. loc. cit. n. 31.*

Moventur I. ex *L. 5. §. 2. ff. de ſtat. homin.* ubi in hæc verba reſcribitur; *Ingenui ſunt, qui ex matre libera nati ſunt, ſufficit enim liberam fuiſſe eo tempore, quo naſcitur; licet ancilla conceperit.* Ex hoc textu ſic arguunt: ut aliquis ingenuus naſcatur, ſufficit, matrem fuiſſe liberam alterutro tempore, vel conceptionis, vel nativitatis, *d. L. 5. §. 2.* ergo etiam, ut proles, extra matrimonium ſuſcepta, legitimari poſſit, ſufficit alterutro tempore, vel conceptionis, vel nativitatis, inter partes poſſe conſiſtere matrimonium.

Moventur II. per *l. nuper. 11. Cod. de natural. lib.* ubi ita ſcribitur: *Et hoc facimus favore liberorum, ut editionis tempus ſtatuamus inſpiciendum, exceptis iis tantummodo caſibus, in quibus conceptionem magis approbari infantium utilitas expoſtulat.* Unde ita inſurgunt: illud tempus, quando de liberorum

 fa-

favore agitur, debet inſpici, quod liberis eſt utilius; ſed tempus nativitatis liberis eſt utilius; ergo debet inſpici tempus nativitatis.

Movetur III Si quis commiſceatur cum Turciſſa, & ex illa prolem ſuſcipiat, legitimatur proles per matrimonium cum Turciſſa (poſtquam ad veram fidem converſa eſt) contractum; ergo ad legitimationem non requiritur, ut tempore conceptionis inter partes poſſit ſubſiſtere matrimonium.

Moventur IV. Licet tutori, ſtante tutela, matrimonium cum pupilla contrahere non ſit permiſſum, partus tamen, impedimento ſtante, conceptus, per ſubſequens matrimonium legitimatur; ergo ad legitimationem non requiritur, ut tempore conceptionis inter partes poſſit ſubſiſtere matrimonium.

Movetur V per *l. crimen* 26. *ff. de pen.* ubi dicitur, quod pœna paterna, & crimen ejus filio non debeat infligi; ergo, licet pater ſit adulter, nihilominus tamen filius poterit legitimari.

Movetur VI per *cap. ex tenore. pen. §. qui filii ſint legitimi* ubi habens uxorem duxit ea ſuperſtite aliam, & proles exinde nata dicitur eſſe legitima; ergo non requiritur ad legitimationem, ut tempore conceptionis inter partes poſſit eſſe matrimonium.

Verùm his argumentis, in contrarium nihil moventibus, placet eorum ſententia, quod in memorato caſu legitimatio neutiquam procedat.

Patrocinantur huic ſententiæ non infimæ notæ AA *Glettle ſel. quaſt. pag. 1. q. 7. Bochov. ad Treutl. vol. 1. diſp. 3. th. 6. lit. F. Zoeſ. ff. de concubin. n. 14. Hunn. ad Treutl. loc. cit. q. 27. Pirrhing lib. 4. Jur. Can. tit. qui filii ſint legit. §. 5. n. 34. Perez. in Cod. de natural. lib. n. 12. König, qui filii ſint legit. n. 26. Schambog. Inſt. §. fin. de nupt.*

Probatur 1mo: Per *§. fin. Inſt. hic.* ubi ad hoc, ut legitimatio procedat, debet proles a tali muliere eſſe procreata, *cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat*: at noſtro in caſu matrimonium legibus eſt interdictum, ergo non procedit legitimatio.

2do Per *l. 5. Cod. de natural. lib.* ubi ad hoc, ut procedat legitimatio, requiritur, ut fœmina potuerit eſſe concubina; quia tantum nati ex concubina (hodie ex virgine, vel vidua) per ſubſequens matrimonium legitimari poſſunt; ſed in caſu poſito fœmina non potuit eſſe concubina; ergo.

3tio. Legitimatio fit per fictionem retractionis, quo ſtante, ſic inſurgo: vel legitimatio retrahitur ad tempus conceptionis, vel ad tempus nativitatis; non ad tempus conceptionis, quia inſpecto tempore conceptionis, proles eſt formaliter adulterina, quæ objectum legitimationis non conſtituit. *Nov. 89. cap. ult.* ubi dicitur, quod nulla ſit adulterina impertienda clementia; non ad tempus nativitatis, quia illis macula, quæ eſt in conceptione, perfecte non eluceretur.

4to: Per *cap. tanta. 6. qui filii ſint legit.* his verbis: *Si autem vir, vivente uxore ſua, aliam cognoverit, & ex ea prolem ſuſceperit; licet poſt mortem uxoris eandem duxerit, nihilominus ſpurius erit filius.* Ecce! hic non diſtinguitur, an ante vel poſt nativitatem prolis uxor ſit mortua.

5to: Per *text. l. 11. ff. de ſtat. homin.* ubi proles ex filia, quæ ſine conſenſu patris de Jure Civili invalide nupſit, concepta, manet illegitima, etiamſi tempore nativitatis, patre jam mortuo, impedimentum matrimonii ſit ſublatum.

6to: Per ſolidam, & validam rationem: quia lex, quæ aliquas proles, v. g. inceſtuoſas, a beneficio legitimationis coercet, reſpicit culpam ex copula provenientem, & non nativitatem filii, utpote in qua non intervenit culpa; atqui in noſtro caſu copula eſt adulterina; ergo proles erit adulterina, utpote, quæ a qualitate copulæ, & non a conditione, & eventu parentum, ſuam trahit denominationem. Jam ſubſumo: ſed proles adulterina non poteſt legitimari, *d. Nov. 89. cap. ult.* ergo, &c.

Argumenta contraria nullo labore diluuntur.

82 AD I. ℟. *conc. ant. neg. conſ.* diſparitas eſt: quia quocunque tempore mater libera eſt, verum eſt dicere, quod non ſit ſerva, & ſic nullum vitium habeat; ſed in noſtro caſu, etiamſi ceſſet impedimentum matrimonii, non tamen ceſſat vitium adulterii, & ſic nunquam eſt verum dicere: Mater non eſt adultera; ſane, quam parum virgo, quæ naturalis ſtimuli illecebris incitata in alterius ſemel vota navigavit, non amplius talis eſt, nec fieri poteſt, tam parum adultera talis eſſe deſinere poteſt, niſi facta infecta fieri poſſe dixeris: ſecus eſt in ſervitute, quæ tantum eſt extrinſecx, & manumiſſione omnino evaneſcit.

II. Non valde moror argumentum: Enimvero ipſe fateor, favore liberorum conceptionis, vel nativitatis tempus inſpiciendum eſſe, ſed cæteris paribus, & ſuppoſita capacitate materiæ, quæ hic deficit. Nam, ut locum habeat legitimatio, requiritur, ut proles ex talibus perſonis ſit concepta, inter quas matrimonium minime legibus interdictum fuerat. §. *fin. Inſt. hic.* Paulo aliter ℟. *Bachovius*, ſeverus *Theutri* cuſtos, aitque, *d. l. 11. & l. 5. ff. d. ſtat. homin.* loqui de libertate, non de legitimitate. Sane, ſi quæratur, partus liber ſit, an ſervus, illud tempus debet inſpici, quo mater libera fuit, ſive deinde ſit tempus conceptionis, ſive nativitatis, & tempore, quo mater libera fuit, inſpecto, verum eſt dicere: mater non eſt ſerva, adeoque ut partus naſcatur liber, illo momento, quo mater libera fuit, fingitur eſſe natus: ſecus eſt in noſtro caſu, ſive enim tempus conceptionis, ſive nativitatis inſpectes, utroque tempore mater eſt adultera, quod vitium adulterii nunquam eluitur.

Dices: ut partus naſcatur liber, ſufficit, ut uno tempore mater ſit libera, ergo etiam, ut proles legitimetur, ſufficit, quod uno tempore inter partes matrimonium poſſit ſubſiſtere. ℟. *neg. conſ.* quia per manumiſſionem tollitur vitium ſervitutis: per ceſſationem ve-

vero impedimenti vitium adulterii, & copulæ turpitudo non tollitur.

Ad III. & IV. Solutio eſt in aperto, in utroque enim caſu ſolummodo contrahitur vitium ſtupri, quod per legitimationem elui poteſt, ſecus vitium adulterii.

V. Argumentum nimium probat, ergo nihil probat, ſequeretur enim etiam ſuſceptos ex inceſtu, aut alio damnato coitu legitimari poſſe, quod dictu abſurdum foret.

VI. Nihil ad rhombum facit, quoniam non noſtræ Quæſtionis ſtatum decidit, ſed alium, puta, an ex matrimonio putativo natus debeat cenſeri legitimus? & reſcribit, quod *ſic*; quæ deciſio toto cœlo diverſa eſt a noſtra controverſia. Sane, ut candide fatear, quod ſentio, mihi videtur per *cit. c. ex tenore pen.* noſtra ſententia magis confirmari, quam infirmari; ideo enim natus ex Mauricia habetur pro legitimo, quia Mauricia ignara fuit ſui conjugis uxorem vivere, atque adeo non formaliter vitium adulterii intervenit, ſed duntaxat materialiter; ceſſat proinde ratio, quam nos in turpitudine copulæ ponimus.

Ex quibus pro & contra deductis patet ad oculum, noſtram ſententiam in puncto Juris Sibyllæ folio veriorem eſſe; tametſi *affirmativam* in praxi ſequendam autumeut *Pirhing*, & *König loc. cit.* ſed

Q. III. *An idem dicendum, ſi tempore conceptionis non fuerit impedimentum, bene vero tempore nativitatis?* Rt. negative per cit. *cap. tanta.* ✠ *qui filii ſint legitimi.* Ubi ille duntaxat caſus excipitur, quo copula fuit damnata legibus, quæ non eſt talis in noſtro caſu. *Zoeſ. ad Jus Can. d. t. n. 19.* & omnes ſupra allegati.

Q. IV. *An ſuſceptus ex copula inceſtuoſa, ignoranter tamen habita, per ſubſequens matrimonium, cum diſpenſatione contractum, legitimetur?*

Tametſi *negativa* in rigore Juris magnam habeat probabilitatem, prout demonſtrant *König loc. cit. n. 24. Zoeſ. ad Jus Canon. qui filii ſint legit. n. 20.*

Affirmativam tamen *praxi* receptam eſſe, teſtis eſt *P. Engl loc. cit. n. 12.*

Ratio, quia talis filius non eſt natus ex formali inceſtu, ſicut ergo ipſi parentes, tanquam inceſtuoſi, propter ignorantiam impedimenti pœna inceſtus ordinaria non afficiuntur, ita quoque filius natus pro inceſtuoſo habendus non eſt.

Non obſtat, quod danti operam rei illicitæ imputentur etiam, quæ præter ipſius intentionem ſequuntur. *c. tua. 19.* ✠ *de homicid. & c. ult. eod. in 6.* quia *dd. cc.* vel de rigore Juris procedunt, vel intelligenda ſunt tantum circa homicidium, in ordine ad irregularitatem incurrendam.

3tio: Ad legitimationem per ſubſequens matrimonium requiruntur inſtrumenta dotalia. *arg. §. fin. hoc l. 5. l. 10. & 11. Cod. de nat. lib. junctâ Nov. 12. cap. 4. Nov. 18. cap. fin.* quibus, & aliis pluribus locis fit mentio inſtrumentorum dotalium per Ablativos abſolute poſitos, qui in conditionem reſolvuntur. 83

Quod procedit de Jure *Civili*, ſecus de Jure *Canonico*, quod ad legitimationem inſtrumenta dotalia nullatenus exigit, ſed ſolas nuptias, quas conſen-

ſenſus facit, *l. 30. ff. de R. I.* Imo nec de Jure Civili hodie requiri inſtrumenta dotalia, teſtis eſt *Weſenb. Conſil. 44. n. 44.*

84 Q. V. *An ad legitimationem per ſubſequens matrimonium conſenſus liberorum legitimandorum requiratur?* R. requiri. Ita *Fach. 3. cap. 54. Harp. §. fin. Inſt. h. t. n. 6. Glettle ſelect. quaſt. part. 1. q. 8. Hunn. var. reſolut. l. 1. q. 30. Bachov. ad Treutl. vol. 1. diſp. 3. th. 6. lit. C. Ludwell. Inſt. hic.*

Facit pro hac ſententia I. vulgatum illud Juris Brocardicon, quod invito non detur beneficium, *l. 69. ff. de R. I.* & præterea id, quod in favorem alicujus introductum eſt, repudiari poſſit, *l. pen. Cod. de pact.*

Facit II. *L. fin. ff. de bis, qui ſui vel alieni Juris ſunt. Inviti filii, naturales, vel emancipati non rediguntur in patriam poteſtatem.*

Facit III. *Nov. 89. cap. 11.* his verbis: *Sub poteſtatem invitum filium redigere juſtum non eſt.*

Dices: *ad. II.* ſortiri locum de Jure Civili, non etiam de Jure Canonico, ut proinde de poſteriori hoc Jure conſenſus liberorum in legitimationem requiri non videatur. R. Præter hoc, quod Jus Canonicum hoc in paſſu a conſtitutione Juris Civilis expreſſe nullibi receſſerit, conſequenter Juri Civili, tanquam claro, ſtandum ſit, præter hoc (inquam) Jus Canonicum hac in parte non potuit derogare Juri Civili, quoniam legitimatio in ordine ad ſucceſſionem, patriam poteſtatem, & alios effectus, Jure Civili introductos, & ſupra *tit. de patria poteſtate*, enumeratos, eſt negotium profanum, & politicum, adeoque non obnoxium cenſuræ & reformationi Pontificiæ.

Obj. 1mo: c. 6. X. qui filii ſint legit. ubi tota vis legitimandi tribuitur matrimonio; ergo liberi ſuo diſſenſu non poterunt vim legitimandi infringere. R. *diſt. ant.* tota vis legitimandi tribuitur matrimonio, eo modo, quo leges volunt, contracto, *conc. ant.* quomodocunque contracto, *neg. ant. & conſeq.* Matrimonium ex ſe, & ex natura ſua non producit legitimationem, ſed quatenus vis legitimandi a Jure Civili eidem indita, & tributa eſt; Jus vero Civile vim legitimandi matrimonio non aliter tribuit, quam ſub iſta conditione: *ſi liberi legitimandi conſentiant. d. l. fin. & Nov. 89. cap. 11.* Ergo legitimatio ſine conſenſu liberorum non procedit.

Obj. 2do: Jus Civile non poteſt impedire effectum matrimonii, utpote quod eſt res ſpiritualis, & conſequenter obnoxia conſtitutioni Juris Canonici, ergo &c. R. iterum *diſt. ant.* Jus Civile non poteſt impedire effectum matrimonii, quatenus imbibit rationem Sacramenti, *conc. ant.* quatenus ſapit contractum civilem, *neg. ant. & conſeq.*

Matrimonium non ideo operatur effectum legitimationis, quia eſt Sacramentum, ſed quatenus ſapit contractum Civilem & Politicum; quare, cum de Jure Civili ad legitimationem requiratur liberorum conſenſus, diſpoſitionem hanc Jus Canonicum tollere non potuit.

Obj. 3tio. Publice intereſt legitimari liberos naturales; ergo favori publico liberi ſuo diſſenſu præjudicare non

non poſſunt. ℞. Secundario tantum Reipublicæ intereſſe, liberos naturales legitimari, non primario. *Harp. Bachov. loc. cit.*

Effectus legitimationis per ſubſequens matrimonium eſt, quod ejus adminiculo liberi naturales efficiantur legitimi, ac eodem Jure cenſeantur, quo liberi ex juſto thoro nati; *l. 10. Cod. de nat. lib Nov. 89. cap. 8.* Hinc pariter cum naturalibus, & legitimis ſuccedunt, non tantum ab inteſtato, *d. l. 10. & Nov. 89. cap. 8.* ſed etiam ex teſtamento, ita ut præteriti rumpant teſtamentum, *l. 8. ff. de injuſt. rupt. & irrit.* & injuſte exhæredati querelam inofficioſi habeant. §. 2. *Inſtit. de inoff. teſtam.*

Præterea efficiuntur idonei ad obtinenda officia, honores, dignitates, tam Civiles, quam Canonicas, excepta ſola dignitate Cardinalitia, ad quam taliter legitimati aſpirare ſpecialiter prohibentur, juxta *Bullam Sixti V.* quæ incipit: *Poſtquam* de anno 1590. *Kling ad Jus Canon. qui filii ſint legitim. Zoëſ. ibid. n. 24. Mant. loc. cit. n. 4.*

Q. VI. *An legitimati per ſubſequens matrimonium etiam in feudo ſuccedant?*

Negativam propugnat *Bachov. ad Treutl. vol. 1. diſp. 2. th. 6. lit. F. Hunn. var. reſolut. lib. 3. tract. 2. q. 12. Glettle Aſſert. Jurid. 72.*

Moventur præcipue ex textu *lib. 2. feud. tit. 26. §. naturales.* ubi in hæc verba reſcribitur: *Naturales filii, licet poſtea fiant legitimi, ad ſucceſſionem feudi nec ſoli, nec cum aliis, admittuntur.*

85 Affirmativæ ſubſcribunt *Pirrhing. lib. 4. Jur. Canon. tit. Qui filii ſint legit. §. 5. n. 35. Zoëſ. ff. de concubinis. n. 7. Roſenthal de feud. cont. cap. 7. concluſ. 18. n. 1. & 2. Harp. prin. Inſt. de hæred. quæ ab inteſtato def. n. 325. Mynſing. cent. 8. obſerv. 42. Gail. 2. obſerv. 141.* ubi ait: Praxi, & generali conſuetudine, quæ eſt optima legum interpres, hanc ſententiam receptam, nec non judicando roboratam eſſe.

Probatur hac ſola, ſed ſolida ratione: quotieſcunque caſus aliquis de Jure feudali expreſſe non eſt deciſus, toties decidendus eſt ex Jure communi; *2. feud. 1. in fine*, atqui de Jure feudali caſus controverſiæ noſtræ expreſſe non eſt deciſus; ergo decidendus eſt ex Jure communi, ſed Jus commune, tam Canonicum, quam Civile, liberos per ſubſequens matrimonium legitimatos, perinde ac legitime natos, ad ſucceſſionem vocat; *d. c. tanta. 6. & §. ult. Inſt. hic, juncta Nov. 89. cap 8. & Nov. 12. cap ult.* ergo etiam ad ſucceſſionem feudi admittit.

Ad text. 2. *feudi 26. ℣. naturales*, facilis eſt ſolutio, procedit enim de legitimatione per reſcriptum Principis.

Dices: Textus citatus loquitur de caſu, quo cum legitimatis concurrunt adhuc alii liberi, in verbis: *nec ſoli, nec cum aliis*; ſed exiſtentibus aliis liberis, puta, naturalibus, & legitimis, Princeps non ſolet legitimare; *Nov. 74. cap. 1. & 2. Nov. 20. cap. 9.* ergo *textus 2. feud* 26 § *naturales*, de legitimatione per reſcriptum Principis non poteſt intelligi.

℞. *Conc. maj. diſt. min.* Princeps non ſolet legitimare, ſemper, *conc. minor.* nunquam, *neg. min. & conſeq.* Tametſi Princeps regulariter, exiſtente legiti-

ma

ma prole legitimare non ſoleat; fallit tamen regula quandoque, puta, ſi juſta ratione moveatur. Deinde fac, quod Princeps legitimaverit filium naturalem, & poſt hanc legitimationem patri naturales, & legitimi ſupernaſcantur, nunquid forte iſte caſus *cit. text. feud.* 26. deciſus eſt? *Schamburg. pag.* 522. ℣. *quæres.* Aliter reſolvit *Franz. quæſt. ſelect. ex Jure Canon. pub. &c. q. ult.* ubi more ſuo ſolide hanc controverſiam diſcutit.

86 Q. VII. *An legitimatio tribuat Jus primogenituræ?* Caſus controverſiæ talis eſt. Princeps quidam ex concubina ſuſcepit *Titium*, ex uxore deinde *Sempronium*, quinam erit primogenitus, ſi Princeps, uxore mortua, ducat concubinam?

Sunt, qui Titio patrocinentur. Ita *Hunn. var. reſolut. lib.* 3. *tract.* 1. *q.* 27.

Moventur I. Quia legitimatio per ſubſequens matrimonium omnem maculam natalium tollit, ac in eum ſtatum reducuntur liberi naturales, in quo forent, ſi ex juſto thoro nati eſſent; *l.* 10. *Cod. de natur. liber.* Sed, ſi Titius eſſet natus ex legitimo thoro, gauderet Jure primogenituræ; ergo etiam gaudebit, ſi legitimatus eſt.

II. Matrimonium contractum cum concubina retrotrahitur ad tempus, quo habuit acceſſum ad concubinam; ergo tunc jam legitimus cenſetur, ſi hoc, erit primogenitus.

III. Quia fictio tantum operatur in caſu ficto, quantum veritas in caſu vero, *l. lege Cornelia. ff. de teſtam. & qui teſtam. fac. poſſ. l.* 1. *ff. de adopt.* Sed Jura fingunt legitimatum per ſubſequens matrimonium jam tempore conceptionis fuiſſe legitimum; ergo idem eſt, ac ſi fuiſſet vere legitimus: ſed vere legitimus præfertur nato ex intermedio matrimonio; ergo etiam legitimatus præferendus erit.

Verum, his non attentis, ſtandum eſt pro *Sempronio*, ex intermedio matrimonio progenito, ita ut iſte Jure primogenituræ gaudeat. Huic tanquam veriori ſententiæ ſuffragantur *Gomez ad legem Tauri* 9. *n.* 36. Bachov. *ad Treutl. vol.* 1. *diſp.* 2. *th.* 7. *lit. b. Schamb.* §. *fin. Inſt. de nupt.* ℣. *effectus Glattle p.* 1. *quæſt.* 1. *Gonzalez inc.* 1. ✠ *qui filii ſint legit. n.* 9.

Facit 1mo pro hac poſteriori ſententia hæc ſolida ratio: quia naturalis & legitimus, ex intermedio matrimonio procreatus, habet Jus quæſitum, quod ſine facto ſuo ipſi non eſt auferendum. *L.* 11 *ff. de R. J.*

2do: Quia legitimatus per ſubſequens matrimonium, licet ex tempore contracti matrimonii legitimus ſit, in conceptione tamen & nativitate uſque ad contractum matrimonii non eſt vere legitimus, ſed habetur pro legitimo per fictionem. *Mantica lib.* 11. *tit.* 12. *n.* 19. quæ fictio non inducitur in præjudicium tertii: fictio enim nititur benignitate & æquitate, quæ eſt fundamentum omnium fictionum; *l.* 19. *ff. de captiv.* ſed æquitas locum non habet, ubi datur præjudicium tertii; *l.* 2. §. *Item ff. de aqua pluvia l.* 19. *ff. ex quib. cauſ. major.* ergo in hoc caſu non procedit fictio, utpote redundans in præjudicium tertii, qui legitime natus eſt.

P

3tio:

3tio: Quia legitimatio per reſcriptum Principis non tribuit Jus primogenituræ, ut fatentur ipſi adverſarii; ergo neque legitimatio per ſubſequens matrimonium. *Conſeq probatur.* Ideo legitimatio per reſcriptum Principis non tribuit Jus primogenituræ, quia Princeps non cenſetur velle præjudicare filiis jam ante natis, quibus Jus primogenituræ quæſitum eſt, at hæc ipſa ratio locum etiam habet in legitimatione per ſubſequens matrimonium, quia nuptiæ non habent vim legitimandi, niſi quatenus ſubſtant privilegio Principis; ergo &c.

Dices: Legitimatio per ſubſequens matrimonium utique majori digna eſt favore, quam legitimatio per reſcriptum Principis; ergo argumentum non procedit. ℞. Me ultro id largiri, ſed nolim, obliviſcaris, *favores non conſque extendendos eſſe, ut in præjudicium aliorum redundent*, aut alios Jure quæſito privent

Urgi: Non obſtante, quod liberis naturalibus & legitimis per legitimationem per ſubſequens matrimonium inferatur præjudicium, & portio vel legitimæ, vel ſucceſſionis ab inteſtato minuantur, illud tamen non attenditur; ergo etiam non obſtante, quod filio ex intermedio matrimonio procreato inferatur præjudicium, illud tamen non attendetur. ℞. *conc. ant. neg. conſeq.* Ratio diſparitatis a Gletle *loc. cit.* aſſignatur hæc: quod ſpes ſucceſſionis & legitimæ nunquam ſit certa & determinata, ſed determinatio illius hanc tacitam conditionem imbibat: *Portio ſucceſſionis tanta, vel tanta erit, niſi alii, vel plures liberi ſupervenerint.* Aliud eſt in primogenitura, quæ poſita ſemel prioritate legitimorum natalium, abſolute ſtatim competit, nec pendet amplius ex futuro quodam eventu. Aliam differentiæ rationem reddit *Gonzalez loc. cit. n. 9.* quia, inquit, in caſu priori agitur de bonis diviſibilibus, quæ pater habet, tanquam immediatus poſſeſſor, & de iis pro libitu diſponere, filiisque vel omnia, vel legitimam duntaxat relinquere poteſt. Secus ſe habet in caſu poſteriori, pater enim bona majoratus, & fideicommiſſo obnoxia non poteſt neque in vita, neque in morte diſtrahere, aut dividere, *l. 114. § Divi ff. de legat. 1.* Sed filius primogenitus in iis ſtatim conſequitur Jus irrevocabile, quod ipſi per ſecundum patris matrimonium auferri non poteſt.

Facit *4to* pro noſtra ſententia æquitas & ratio naturalis, quia mulier nobilis graviter deciperetur, ſi filius ejus legitimus Jure primogenituræ non gauderet, eum forte non contraxiſſet, ſi filium ſuum legitimum in majoratu non ſucceſſurum ſciviſſet.

Argumenta contraria tam parum probant, ut nihil probare videantur.

I. Enim quod attinet, verum quidem eſt, liberos naturales per legitimationem in eum ſtatum reduci, in quo forent, ſi ex juſto thoro nati eſſent, quatenus illa reductio non vergit in præjudicium alterius, *conc.* ſecus, *neg.*

Accedit, quod hoc argumento nimium probetur, nempe Jus primogenituræ competere etiam legitimato per reſcriptum Principis, cum hæc legitimatio etiam omnem maculam tollat,

lat, & Imperator *in Nov. 89 cap. 9.* de taliter legitimato pronuntiet, quod nihil differat a filio legitimo, & tamen non gaudet Jure primogenituræ.

Ad II. Eadem datur ſolutio, nimirum, quod iſta retrotractio locum non habeat, ſi alteri fiat præjudicium, & aufferatur Jus quæſitum. Unde &

III. Ruit, fictiones enim locum non ſortiuntur, ubi datur præjudicium tertii, prout ſupra ſatis ſuperque demonſtravimus.

87 IV. Modus legitimandi eſt per reſcriptum Principis, quæ legitimatio *definitur*, quod ſit *actus*, quo Princeps ſupplici libello rogatus liberos naturales jubet eſſe legitimos. *Franz. Inſt. h. t. per. 4. §. 1. n 1.*

88 Taliter legitimandi poteſtas competit ſoli ſummo Principi, qualis eſt Papa, & Romanorum Imperator; Jus enim legitimandi ſpectat ad regalia Principis, & quidem majora, adeoque nemini competit, niſi ex privilegio & commiſſione. *Hermes ad Jus publ. cap. 11. n. 125. Marz. Inſt. lib. 3. tit. 10. § 35.* Unde tametſi Electores, Principes, & cæteri Status Imperii hac poteſtate legitimandi utantur, tamen eam, ut & Comites Palatini, uſurpant non Jure proprio, ſed ex conceſſione, *cap. ſuper. §. præterea. ✠ de V. S.* quidquid de contraria praxi alleget *Limna de Jure publ. l. 2. cap. 9. n. 124.*

Porro legitimari per reſcriptum Principis poſſunt non tantum *naturales, ſed etiam ſpurii, adulterini, inceſtuoſi, &c.* præcipue, ſi Princeps plenitudine poteſtatis utatur; ratio vix alia dari poteſt, quam quod hoc exigat ſumma Majeſtas & poteſtas Imperialis, de qua diſputare ſacrilegium eſt *l. 3. Cod. de crimine ſacrileg.* Deinde adulterium & inceſtus tantum ſunt impedimentum legitimationis de Jure poſitivo, proinde Princeps illud tollere poteſt. *Ab. ad Jus Can. qui filii ſint legit. n. 35. Marz. loc. cit. n. 52. Schamb. hic.*

Ut hæc legitimatio procedat, requiritur I. *Conſenſus liberorum, Nov. 89 cap. 11.* invito enim non datur beneficium. *l. 69. ff. de R. I.* II. ut *parens nullos alios liberos habeat*; *d. Nov. 89. cap. 9.* Princeps enim in dubio non cenſetur velle præjudicare liberis legitime natis. Plane ſi Princeps velit uti plenitudine poteſtatis, etiam juſtis liberis exiſtentibus, naturales quoad Jura ſucceſſionis legitimare poteſt, notiſſimi enim Juris eſt, Principem poſſe ex juſta cauſa alteri Jus quæſitum tollere. *Mynſing. cent. 1. obſ. 15. Zoëſ. ff. de concub. n. 19 Franz. loc. cit. n. 12.* 89

III. Requiritur, ut *liberi legitimari nequeant per ſubſequens matrimonium*, forte, quia concubina deceſſit, aut talis eſt fœmina, quæ cum honore duci non poſſit, *Nov. 89. cap. 9. & Nov. 74. cap. 1.* habito enim remedio ordinario, ſcilicet legitimatione per ſubſequens matrimonium, non eſt excurrendum ad extraordinarium. *Manz. n. 60.*

Effectus legitimationis hujus eſt, 90 quod naturales liberi reddantur legitimi 2. Habilitentur ad officia & dignitates Eccleſiaſticas, ſi a Pontifice ſæculares, ſi ab Imperatore legitimati ſint, niſi ſpeciali ſtatuto, vel conſuetudine inductum ſit, ut quis legitime natus ſit, prout conſuetudine obtinet,

P 2 quod

quod taliter legitimatus Doctoris titulo inſigniri nequeat. *Mynſ. 4. obſ.* 31. *Blum. Proceſſ. Camer. tit.* 7. *n.* 31. 3. Succedant ab inteſtato, niſi juſti liberi exiſtant, *Nov. 89. cap. 9.* in feudis vero tam parum admittuntur, quam ad Jus primogenituræ. *Covar. var. reſolut. lib. 3. cap. 7. n. 7. König loc. cit. n.* 48.

TITULUS XI.

De adoptionibus.

SUMMARIA.

1. *Quid ſit adoptio.* 2. *Liberi quotuplices ſint.* 3. *Natus menſe undecimo an legitimus reputetur.* 4. *Differentia adoptionis, & arrogationis.* 5. *Adoptatus ab extraneo non tranſit in poteſtatem adoptantis.* 6. *Secus adoptatus ab aſcendente.* 7. *Impubes an arrogari poſſit.* 8. *Enumerantur requiſita arrogationis.* 9. *Quarta Piana eſt quarta omnium bonorum.* 10. *Quinam poſſint adoptare.* 11. *Adoptare non poteſt, niſi qui* 60. *annos habet.* 12. *Adoptatus a nobili non ſit nobilis.* 13. *Reſolvuntur argumenta contraria.* 14. *Unio prolium quid ſit.*

CONNEXIO.

Supra in titulo de patria poteſtate dictum eſt, tres eſſe cauſas inductivas patriæ poteſtatis, *juſtas* videlicet *nuptias*, *legitimationem*, & *adoptionem*. Priores duas hactenus abſolvimus, recto proinde ordine tertia, id eſt adoptio, ſubjicitur; non enim ſolum naturales liberi ſecundum ea, quæ diximus, in poteſtate noſtra ſunt, verum etiam ii, quos adoptamus.

1 Adoptio autem definitur, quod ſit *actus*, *quo is*, *qui filius non eſt*, *in filium aſſumitur*. Adinventa eſt adoptio in ſolatium eorum, qui liberos non habent, forte quia ſterile eſt eorum conjugium, vel quia liberos ſuos amiſerunt, vel quia habent, ſed degeneres, improbos, debiles, vel valetudinarios, ut liceret tale infortunium aliorum adoptione emendare. *Mant. n.* 4. Priusquam ulterius progrediamur, lubet ſub limine inquirere, quot ſint ſpecies liberorum. Itaque

I Sunt ſibi *naturales*, & *legitimi* ſimul, qui ſecundum naturam ex conjunctione maris & fœminæ a lege expreſſe approbata, legitimo ſcilicet matrimonio, procreati ſunt, ſive brevius, qui nati ſunt ex legitimo thoro. 2

Natus autem ex legitimo thoro cenſetur, qui natus eſt menſe ſeptimo

poſt

poſt contractas nuptias, *l. ſeptimo menſe 12. ff. de ſtat. homin.* Item, qui natus eſt ex vidua menſe decimo poſt mortem mariti. *l. Gallus 29. ff. de lib. & poſth.* Sed quid de illo, qui natus eſt menſe undecimo, an legitimus reputetur? Dixeris illegitimum reputari debere per *Nov. 39. cap. 2.* ubi Imperator partum undecimo menſe perfecto editum, vocat impium, & ait impoſſibile eſſe, ut conceptio ex marito defuncto in tantum tempus extendatur.

3 Verum, cum *Imperator* de menſe undecimo perfecto, id eſt, completo loquatur, permittendum eſt, natum ſub initum menſis undecimi, legitimum eſſe, præc pue ſi aliunde mater bonæ famæ ac integræ fuerit exiſtimationis. *Engl, qui filii ſint legitimi. n. 7.*

Circa liberos naturales, & legitimos ſimul obtinet regula, quod *ſequantur conditionem patris. l. 19. ff. de ſtat. homin. Glettle Inſt. pag. 76.*

II. Sunt filii, ſive liberi naturales *tantum*, qui ex concubinatu geniti ſunt. *§. fin. Inſt. de nupt.* Hodie *naturales* vocantur, qui ex ſoluto, & ſoluta virgine, vidua, & maſculo ſoluto nati ſunt. *Schneid. hic n. 4.*

III. Sunt legitimi *tantum*, ſeu *adoptivi*, qui non ſecundum naturam a parentibus adoptivis procreati ſunt, ſed authoritate Juris Civilis filii efficiuntur, & de his loquitur noſter *titulus.*

IV. Sunt *ſpurii*, ſeu *vulgo quæſiti*, nati ſcilicet ex publica meretrice, qui patrem demonſtrare non poſſunt, circa quos canit Poeta:

Non habet ille patrem, cui populus pater eſt.

V. Sunt liberi nati ex damnato coitu, quales ſunt *inceſtuoſi*, nati ſcilicet ex collateralibus in gradu prohibito. *Sacrilegi*, nati ſcilicet ex patre, vel matre, voto ſolemni obſtrictis. *Adulterini*, nati ſcilicet ex adulterio. *Nefarii*, nati ſcilicet ex aſcendentibus & deſcendentibus. *Schneid n. 7. hic.*

Circa liberos illegitime natos obtinet regula, quod *ſequantur conditionem matris. L. 19. & 24. ff. de ſtat. hom.*

§. Adoptio I.

Q. In iſto §. *quotuplex ſit adoptio?* ad quod R. quod ſit *duplex*, ſcilicet:

4 *Adoptio* in ſpecie, & *arrogatio*. *Adoptio* in ſpecie eſt actus, quo is, qui alieni Juris, & in poteſtate parentis eſt, v. g. *filiusfam* qui ſcilicet adhuc habet patrem naturalem, in cujus poteſtate eſt, in filium aſſumitur.

Differunt, quod adoptio in ſpecie coram Magiſtratu tantum fieri poſſit, contra vero arrogatio fieri debeat coram Principe. Deinde in arrogatione requiritur expreſſus arrogandi conſenſus, *l. 5. ff. de adopt.* ut proinde infans arrogari non poſſit. In adoptione vero ſufficit tacitus conſenſus, id eſt, quod non contradicat; ut proinde etiam infans adoptari poſſit. *d.*

l. 5. Ratio differentiæ eſt, quia in adoptione pater adeſt, qui adoptando præſumitur optime proſpecturus. *Schamb. hic & Manz. n.* 10.

§. Sed hodie 2.

Pro plenioti hujus §. intellectu ſciendum eſt, olim de Jure videlicet antiquo, non tantum arrogatum, ſed & adoptatum tranſiiſſe in poteſtatem adoptantis, *l. 7. l. 23. ff. h. t.* nulla facta differentia, an quis ab extraneo, an ab aſcendente fuerit adoptatus.

Verum hoc a Juſtiniano Imperatore *in l. penult. Cod. de adopt.* immutatum eſt, ubi hanc diſtinctionem adhibet: Utrum videlicet aliquis eſſet adoptatus *ab extraneo*, an vero ab uno ex aſcendentibus, v. g. *avo*, *proavo*, *&c.*

5 Si filiusfam. extraneo in adoptionem datur, tunc manet in poteſtate patris naturalis, neque tranſit in poteſtatem adoptantis, adeoque quoad patrem naturalem perinde habetur, atque ſi non fuiſſet adoptatus. *text. in §. ſed ea. 14. Inſtit. de hæred. quæ ab inteſt.* Ratio 1. quia robuſtiora ſunt Jura patris naturalis, quam ut Civili ratione infringi poſſint. Ratio 2. quia alias, ſi adoptatus poſt mortem patris naturalis emanciparetur, utraque hæreditate privaretur, & quidem patris naturalis, quia exiſtit in aliena familia, & non eſt amplius hæres ſuus; adoptivi, quia emancipatus eſt *d. l. pen. Cod. h. t. Zoeſ. ff. h. t. n. 3.*

Dices: Ergo talis adoptio nullum plane producit effectum. R. Verum quidem eſſe, quod id genus adoptio nullum talem habeat effectum, qualem patria poteſtas producit. Itaque, ſi filius adoptatus aliquid acquirit, non patri adoptivo, ſed naturali acquirit. Deinde pater adoptivus ipſum hæredem inſtituere non tenetur, ſed ſi vult, poteſt eum omnino præterire. Si autem aliquid ei reliquerit, mera liberalitas eſt. *text. in l. 10. § ſed ne eod. de adopt.* Contra vero pater naturalis tenetur ipſum hæredem inſtituere, quia manet ſuus hæres. *Manz. n. 10.*

Dixi: Quod *adoptio nullum talem habeat effectum, qualem patria poteſtas producit*; habet tamen alium effectum, nimirum quod adoptatus filius ipſius dicatur, & adoptans venerabile nomen patris ſortiatur. Item, quod ſi pater adoptivus ab inteſtato, hoc eſt, nullo facto teſtamento deceſſerit, ad ejus ſucceſſionem legitimam admittatur. *Manz. n. 12.*

Dices: Videtur adoptatus adhuc hodie tranſire in poteſtatem adoptantis *per § 14. Inſt. de hæred. quæ ab inteſt.* Ubi dicitur tali adoptato integra Jura ſervari, atque ſi in patris naturalis poteſtate *permanſiſſet*; ergo non permanſit, quia alias JCtus non deberet in præterito plusquam perfecto loqui. R. Imperatorem iſtis verbis ideo uti, quia patres adoptivi tales adoptatos plerumque in domum ſuam recipere, alere, & educare ſolent; &

ſic

ſe quoad apparentiam videntur non permanere in patris naturalis poteſtate, ſed quodammodo tranſire in poteſtatem patris adoptivi. Accedit, cum ex §. noſtro luculenter appareat adoptatum ab extraneo in ejus poteſtatem non tranſire, quod Imperatoris verba ob iſtud *plusquam perfectum* non ſint captanda, ſed potius mens, & voluntas ejus ſpectanda. *Schamb. hic. Zoeſ. ff. de V. S. n. 1.*

Ad ℣. ſi vero.

6 Sequitur nunc II. membrum noſtræ diſtinctionis, & quæritur; ſi pater naturalis filium ſuum non extraneo, ſed alicui ex aſcendentibus, v. g. avo, vel proavo materno, vel ſi ipſe pater naturalis eſt emancipatus (nam ſi pater naturalis non eſt emancipatus, alioquin de ejus filius in poteſtate avi eſt, qui enim in poteſtate eſt, alium in poteſtate habere nequit; conſequenter adoptione opus non erit. *Mant. n. 16.*) etiam avo, vel proavo paterno dederit in adoptionem, quid tunc Juris?

℟. Imperator, quod tranſeat non modo in familiam, ſed etiam in poteſtatem adopantis. Ratio eſt in textu, quia in hoc caſu concurrunt in unam perſonam, & naturalia; & adoptionis Jura, adeoque duo vincula, naturale ſcilicet ſanguinis, & Civile adoptionis, duo autem vincula fortius ligant uno. *Mant. n. 15. hic Schneid. hic* n. 2.

§. Cum autem impubes. 3.

Q. in hoc §. *an infantes, aut impuberes adoptari, atque arrogari poſſint?*

De adoptione expediti Juris eſt, quod etiam infantes in adoptionem dari poſſint. *l. etiam 42. ff. de adopt.* Ratio, quia in adoptionibus non requiritur expreſſus conſenſus filii, & ſufficit, eum voluntati patris non contradicere. *l. 5. ff. h. t.* nam pater optimum de ſuo filio conſilium videtur cepiſſe. *l. 3. §. 1. ff. de adminiſt. & peri. tut. Mant. hic n. 2.*

7 De arrogatione majus eſt dubium, & Q. *an impubes arrogari poſſit?*

De Jure antiquo impubes non poterat arrogari. *Harp. n. 3. hic* Ratio, quia in arrogatione, (ut dictum ſupra) requiritur conſenſus ex parte arrogandi. *d. l. 5. ff. h. t.* ſed impubes, cum infirmum ſit ejus conſilium, & nullum animi judicium habeat, *§. 1. Inſt. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam.* conſentire non poterat, neque per ſe, quia pupillus in ea ætate nec velle, nec nolle habet. *arg. pupillus 189. ff. de R. I.* neque per tutorem, quia tutorum non eſt ea poteſtas, ut caput liberum fidei ſuæ commiſſum alienæ ditioni, ſive poteſtati ſubjiciant. *Harp. hic n. 2. Mant. n. 3.*

Di-

Dixi, hoc de Jure antiquo obtinuiſſe, nam ex conſtitutione Divi Antonini Pii Imperatoris permiſſum fuit, ut etiam impubes arrogari poſſit. *Harp. n. 2. hic.* obſervata tamen certa forma, & certis conditionibus, itaque

8 *1mo:* Ad arrogationem impuberis requiritur cauſæ cognitio, an honeſta ſit, & expediat pupillo; & quidem quoad honeſtatem conſiderandum eſt, cujus conditionis, qualitatis, & vitæ ille ſit, qui velit impuberem arrogare; nam ſi ſit homo infamis vel ſcenicus, & velit arrogare honeſtæ familiæ pupillum, hoc ei non eſt permittendum. Præterea inquirendum, an arrogatio non fiat propter turpem amorem, an vero ex honeſta paterna affectione. Item, an non fiat ex avaritia, ita ut inſidioſe bona pupilli appetere videatur; non enim cupiditatibus, ſed juſtis affectionibus indulgendum eſt. *l. 16. ff. de manumiſſ. Manz. hic n.* 10.

Quoad utilitatem conſiderandum, quæ ſint pupilli facultates, & quæ ejus, qui arrogat, utrum videl. non magis expediat, quod non arrogetur. *Manz. n.* 11.

2do: Ad arrogationem impuberis requiritur, ut hi, qui pupillo ſanguine juncti ſunt, arrogationem ei expedire affirment. *l. 2. Cod. de adopt.* Hi enim tam facile propter ſpem ſucceſſionis conſentire non præſumuntur, niſi pupillo valde expediat. *Schamb. hic.* Ratio autem, quare potius propinquorum conſilium & conſenſus, quam tutorum (horum enim conſenſus etiam requiritur, *Schamb. hic in l. fin. Cod. de auth. præſt.*) requiratur, eſſe videtur iſta: quia potuiſſet tutor onus tutelæ ſubterfugere, & adminiculo arrogationis ſe a tutela liberare, ac proinde facile conſentire. *arg. 17. §. 1. ff. h. t. Manz. n.* 5.

3tio: Requiritur ad arrogationem impuberis, ut fiat Principis authoritate, vel *per ipſum Imperatorem examinantem & cognoſcentem cauſas* NB quod raro fit: vel facultate arrogandi impetrata ab Imperatore per reſcriptum, quo committitur talis cognitio, & examinatio alteri Judici ordinario, vel cuicunque. Quare autem arrogatio fieri debeat coram Imperatore, & ſic cum majori ſolennitate, quam adoptio, quæ coram quolibet magiſtratu fieri poteſt; ratio hæc aſſignatur: quia in arrogatione verſatur majus præjudicium; cum arrogatus, qui eſt ſui Juris, tranſeat in poteſtatem arrogantis, cum omnibus ſuis bonis, quod non eſt in adoptivo: unde cum majus ſit periculum, ideo cautius eſt procedendum. *Schneid. n. 3. hic.*

4to. Requiritur, ut arrogans cautionem præſtet, ſe omnia bona, ſi arrogatus in impubertate deceſſerit, reſtiturum illis, ad quos ea perventura fuiſſent, ſi arrogatio facta non fuiſſet, ſed arrogatus in ſuo ſtatu manſiſſet, *text. hic L. non alter.* 18. *ff. h. t.*

Q. I *Quare hæc cautio referatur duntaxat ad tempus, quo intra pubertatem deceſſerit?* R. Rationem eſſe, ne videatur arrogans facto ſuo propinquos ſucceſſione illa privare: quod ſi quis pubertatem exceſſerit, poteſt is faciendo teſtamentum aliis bona relinquere, & ſuos propinquos ſucceſſione privare. *Schamb. hic quæſt.* 2. aliam rationem reddit *Manz. n.* 18. Quia ſi impubes

bes arrogatus pubes fiat, & advertat, ſibi non expedire in arrogatione manere, emancipationem petere poteſt, quæ cauſa cognita tribui debet. *L. nonnunquam.* 32. *ff. h. t.* Jam ſi emancipationem non petat, ipſe ſuo facto propinquos ſucceſſione privat.

Porro in textu dicitur, quod cautio debeat fieri *perſona publica*, ſive ut Marcellus *in l.* 18. *ff. h. t.* loquitur, ſervo publico; quis autem talis olim fuerit, vide *Manz. hic n.* 19. *& ſeqq.* Hodie iſta cautio Notario publico præſtanda. *Manz. n.* 21. *& Herp. n.* 6.

Ad ℣. Item non aliter.

Q. *An arrogator poſſit impuberem arrogatum emancipare?* ℞. Poſſe ipſum emancipare, modo cauſa cognita, emancipatione dignus viſus fuerit, *text. hic.* Et ſi cauſa juſta ſit emancipandi, poteſt eum emancipare, ſed tenetur ei omnia bona ad ſe translata reddere, *text. hic.* Juſta autem cauſa eſt v. g. ſi *arrogatoris vita inſidiaretur. Manz. n.* 29

Quod ſi autem arrogator eum ſine juſta cauſa emancipaverit, vel etiam exhæredaverit: tunc præter bona, quæ arrogatus ad patrem arrogantem transtulit, & præter commoda, & fructus, quæ patri ex illis bonis advenerunt, tenetur ipſi quartam partem ſuorum propriorum bonorum relinquere, *text. hic & in L. ult. ff. ſi quid in fraud. Patron. Manz. n.* 31. *&* 32.

Notandum autem hic eſt, quod vigore textus *relinquere* teneatur: ex quo ſequitur, quod iſta quarta nonniſi defuncto arrogatore peti poſſit, quia relinquere pertinet ad ultimas voluntates. *l. 1. ff. de tabul. exhib.* Deinde iſta quarta debetur ad modum legitimæ, quæ a vivente non debetur. *l. 1. §. 21. ff. de collat.* Denique *in l. fin. ff. Si quid in fraud. Patron.* expreſſe ſtatuitur, injuſte emancipato deberi quartam ex bonis, quæ mortis tempore adoptantis fuerunt. Luce ergo meridiana clarius eſt, quartam impuberi arrogato, & injuſte emancipato non deberi, niſi defuncto arrogatore. *Schamb. hic q.* 3. *Manz. n.* 34.

Q. II. *An quarta illa ſit omnium bonorum, an portionis ab inteſtato debita?*

Caſus quæſtionis eſt talis.

Titius habens tres filios, & in bonis duodecim millia, arrogat Cajum impuberem, & hunc ſine juſta cauſa exhæredat.

Quæſtio eſt, *an Cajus accipiat quartam omnium bonorum*, i. e. *ex duodecim millibus tria millia, an vero unum mille*, i. e. *quartam legitimæ*, quæ in caſu, quo adſunt tres vel quatuor liberi, eſt triens, ſive quatuor unciæ. ℞. Eſſe om-

9 omnium bonorum. Ita docent *Franz. Inſt. h. t. n. 10. Harp. Inſt. hic n. 9. Huen. ad Treutl. vol. 1. diſp. 2. th. 9. q. 37. Ludwell. Inſt. hic Arumæ. exercit. 2. th. 19.*

Diſſent. *Bachov. in Treutl. vol 1. diſp. 2. th. 9. lit. E. Zoeſ. ff. de adopt. n. 21. Schamb.* §. *3. q. 4. hic. Vin. n. 3.*

Ratio I. quia textus §. 3. *Inſt. h. t.* indiſtinctè loquitur dicendo: *Jubetur quartam partem bonorum relinquere:* quem textum inique ad quartam portionis ab inteſtato debitæ reſtrinxeris.

Ratio II. Quia arrogato impuberi debetur quarta ex illis bonis, quæ tempore mortis fuerunt arrogantis. *L. ult. ff. ſi quid in fraud. Patron.* his verbis: *Conſtitutione D. Pii cavetur de impubere adoptando, ut ex bonis, quæ mortis tempore illius, qui adoptavit, fuerunt, pars quarta ad eum pertineat.*

Obj. I. Arrogatus non debet eſſe melioris conditionis, quam filius naturalis, & legitimus ſimul; atqui eſſet melioris conditionis, quia filio naturali, & legitimo tantummodo debetur quarta portionis ab inteſtato debitæ, ergo. ℞. Tametſi arrogatus melioris conditionis habeatur, quam naturalis, & legitimus ſimul; id tamen abſurdum non eſſe, tum quia arrogatus patri caput, & fortunas ſuas attulit: naturalis vero & legitimus, neque caput, neque fortunas aliquas tulit, tum quia pater arrogatum non invitus, ſed volens in numerum ſuorum liberorum aſſumpſit, ac proinde coercendus eſt, ne filium arrogatum ſine juſta cauſa, vel exhæredet, vel emancipet.

Obj. II. Si quinque arrogentur, non poteſt quilibet quartam omnium bonorum acquirere, ergo quarta Piana non eſt quarta omnium bonorum, ſed quarta duntaxat quartæ. ℞. Nunquam admitti, ut quinque impuberes arrogentur.

Obj. III. L. 6. Cod. de inoff. teſtament. ubi quarta naturalibus, & legitimis debita etiam appellatur quarta bonorum, & tamen nemo dixerit, eſſe quartam omnium bonorum; ergo licet quarta Piana vocetur quarta, non tamen ſequitur, eſſe omnium bonorum. ℞. Ex aliis textibus luculenter conſtare, quartam liberis naturalibus, & legitimis debitam, eſſe quartam portionis ab inteſtato debitæ, ſecus in noſtro caſu.

§. Minorum 4.

10 In hoc & ſeqq. §. incipit Imperator declarare, quinam adoptare poſſint, & quosnam adoptare liceat. Et inprimis dicit: quod natu minor non poſſit adoptare natu majorem. Ratio eſt in textu: quia adoptio naturam imitatur; atqui in natura pro monſtro eſt, ut major ſit filius, quam pater; ergo id etiam in adoptione debet conſiderari. Debet itaque adoptans adoptando major eſſe, & quidem plena pubertate, i. e. 18. annis, *text. hic & L. adrogato. 40. §. 1. ff. h. t.*

Di-

Dvei: Poteſt quis generare, & pater eſſe ante annum decimum octavum, ergo etiam poterit quis adoptare ante annum 18. ℞. *conc. ant. neg. conſeq.* licet enim quis anno decimo quarto generare poſſit, rarius tamen id contingit, Jura autem ad ea, quæ ſunt frequentiora, attendere, patet ex *L. 3. & 4. ff. de leg. Schamb. hic. Harp.* Rationem differentiæ aſſignat *Mant. n. 9.* atque ait, adoptionem eſſe odioſam, & damnoſam Reipubl. quia imminuit ſplendorem familiarum, ac proinde ad plenam pubertatem reſtringendam: contra vero matrimonium, per quod civitas liberis repletur, Reipubl. perquam utile eſſe, ac proinde magis favorabile.

Q. *An ergo is, qui triginta annorum eſt, poterit adoptare eum, qui decem annorum eſt?* ℞. *negative*: Quia 60. annis minor regulariter adoptare non poteſt. *L. ſi pater 15. §. 2. ff. h. t.* Ratio ibidem redditur, quia potius liberorum procreationi ſtudere debet. Si vero juſta cauſa ſubſit, forte quod morbus aut valetudo in cauſa ſit, quo minus liberorum procreationi ſtudere poſſit, adoptare permittitur. *d. l. 15. §. 2.* 11

§. Licet autem 5.

Q. In hoc §. *utrum liceat adoptare tantum in locum filii, an vero etiam in locum nepotis?*

℞. Omnino, non tantum in locum nepotis, vel neptis, ſed etiam pronepotis, vel proneptis adoptare licere. Ratio: quia non generamus tantum filios, verum etiam nepotes. Ratio alia: quia varii ſunt affectus hominum, & contingere poteſt, ut quis libentius vellet habere nepotem, quam filium; forte quia nepos ipſi mortuus eſt, quem valde diligebat, in cujus locum & memoriam libenter vellet alium ſubſtituere: vel quia tam provectæ ætatis eſt, ut malit avus, quam pater nuncupari; ſi enim dulce eſt nomen filiorum, quanto dulcius eſt ſeni nomen nepotum? *Mant. hic n. 1. & 2.* Sed

Q. quid ſi aliquis filium non habeat, poteſtne tamen aliquem in locum nepotis adoptare?

Dixeris, *quod non*. Ratio: quia adoptio imitatur naturam; atqui ſecundum naturam nepotem habere nequit, qui filio, & filia caret, cùm deficiente cauſa, deficiat effectus; ergo etiam ſecundum adoptionem nepotem habere nequit.

Verum hoc non attento ℞. Imperator, quod liceat in locum nepotis adoptare, quamvis filium quis non habeat. Ratio eſt: quia forte in favorem eorum, qui carent ſobole, id receptum eſt. *Mant. n. 5.*

Ad rationem dubitandi reſponderi poteſt: quod adoptio imitetur naturam in caſibus expreſſis, vel potius in iis, ubi non eſt expreſſum contrarium, omnis enim ſimilitudo claudicat. *Schamb. & Mant. hic.* Accedit, quod licet aliquis de facto filium non habeat,

beat, potuerit tamen unum habuiſſe, qui defunctus, vel emancipatus eſt.

At *reperes*. Ut ſecundum naturam poſſim habere nepotem, debuit filius intermedius extitiſſe; ergo etiam, ut poſſim habere nepotem adoptivum, debuit filius intermedius extitiſſe: quod ſi intermedius non extiterit filius, in locum nepotis aliquis adoptari non poteſt. ℞. Hoc in caſu fingi filium intermedium extitiſſe, & hoc propter favorem propagandæ familiæ. *l. 27. & l. 43. ff. b. t. Harp. n. 4.*

Deinde accedit, quod is, qui uxorem non habet, poſſit adoptare; *l. 30. ff. b. t.* ergo adoptio non in omnibus imitatur naturam, quia ſine uxore naturaliter liberos non poſſumus habere. *Menz. bic 7.*

Inſiſtes: Duæ fictiones circa unam eandemque rem concurrere non poſſunt; atqui hic concurrent: fingitur enim quis habere filium, & nepotem. ℞. I. Duas fictiones circa unam eandemque rem non poſſe concurrere, ſi ſit idem ſubjectum, hic autem duo ſubjecta ſunt, filius, & nepos. ℞. II. *Antecedens* verum eſſe, niſi expreſſe contrarium in Jure reperiatur ſtatutum; ſicuti in hoc §. noſtro *Menz. n. 10. & Harp. n. 3.*

§. Et tam 6.

In hoc § proponitur talis caſus; Quidam habet filium, & nepotem, ego cupio illius filium adoptare in locum mei nepotis: vel nepotem ejus in locum mei filii. Quæſtio eſt, *an hoc facere poſſim?* deciditur, *quod ſic.* Ratio: quia ſpectatur in his omnibus, quid naturæ conveniat, & quid fieri poſſit: atqui ſecundum naturam bene fieri poteſt, ut unus & idem ſit filius & nepos: filius quidem reſpectu patris, nepos reſpectu avi; ergo etiam bene fieri poteſt, ut aliquis reſpectu patris naturalis ſit filius, reſpectu adoptantis ſit nepos, vel rota verſa. Pulchre *Menz. bic n. 2.* ubi plura magis ſubtilia, quam utilia circa hunc §. ſcribit.

§. Sed ſi quis 7.

Caſus hujus §. talis eſt: Quidam habet filium vel naturalem, vel adoptivum, & vult deinde aliquem loco nepotis quaſi ex filio genitum adoptare, quæſtio eſt, *utrum id libere facere poſſit, nec ne?* ℞ quod hoc non aliter fieri permittatur, quam ſi filii conſenſus acceſſerit. Ratio eſt in textu, ne ei invitus ſuus hæres agnoſcatur; futurum enim eſt, ut nepos adoptatus poſt avi obitum recidat in filii tanquam patris ſui poteſtatem, adeoque filius invitus illum ſit hæredem ſuum habiturus. Itaque cum iſthæc res in filii præjudicium vergat, non immerito ejus conſenſus requiritur. Ipſi enim rationi naturali, & æquitati conſentaneum eſt, ut id, quod geritur, approbetur ab his, quorum intereſt. *Harp. bic & Menz.*

Contra vero avus nepotem ex filio in adoptionem dare poteſt abſque eo,

quod

quod conſenſus filii adhibeatur, quia prædicta ratio ceſſat. nepos enim non ſolum non fit ſuus, ſed potius ſuus eſſe deſinit; quia in alienam poteſtatem tranſit, ſi avo materno in adoptionem detur. *Manz. & Harp. loc. cit.*

§. In plurimis. 8.

Q. In hoc §. in quo arrogatus comparetur filio naturali, & an arrogatus, ſive ab aſcendente adoptatus, in adoptionem alteri dari poſſit? & R. Imperator, in plurimis comparari, puta I. quoad patriam poteſtatem; arrogatus enim, & adoptatus ab aſcendente æque ſubjicitur patriæ poteſtati, quam naturalis. II. æque ſuccedit. III. ſicut filius naturalis alterum adoptionem dari poteſt, ita etiam arrogatus, & adoptatus ab aſcendente. Contra vero adoptatus ab extraneo, alteri in adoptionem dari non poteſt. Ratio: quia in adoptantis poteſt item non tranſit; ergo alterius poteſtati ſubjicere non poteſt, nemo enim poteſt plus Juris in alium transferre, quam ipſe habeat. *L. 55. ff. de R. J. cap. 79. de R. J. in 6. Manz. hic & Schamb.*

§. Sed & illud 9. cum ſeqq.

Nolo operam ludere, explicando ſeqq. §§. tum quod abunde eorum intelligentia haberi poſſit ex *Manz. Harpr. & Schamb* tum etiam, quia nihil in iis dignum notatu occurrit. Cæterum

Controverſia non ignobilis eſt, tribuatne adoptio nobilitatem, ita ut, ſi homo plebejus adoptetur a nobili, efficiatur nobilis? In graviſſima hac concertatione triplex eſt DD. ſententia.

I. *Affirmat*, eamque ſuo ſuffragio dignantur AA. & authoritate ſua, & doctrinæ ſoliditate non poſtremi, quos inter Solis inſtar eminet *Bachov. vol. 2. diſp. 15. theſ. 5. lit. C, Glettleſtſeld. quæſt. p. 1. q. 1. Arumæ. exercit. 2. theſ. 21. Hunn. var. reſolut. lib. 2. tract. 2. pag. 214. q. 23.*

II. *Diſtinguit*, ac temperamentum adhibet, genus a gente ſecernendo, i. e. diſtinguit inter nobilem ex privilegio, & nobilem ex origine, & ſic dicunt: ſi genus, i. e. nobilem ex origine ſpectes, non fiet nobilis, ſi gentem, i. e. nobilem ex privilegio, fiet, adeoque gentem, ſeu Jura familiæ, volunt per adoptionem tribui, non vero genus, quia hoc a natura eſt. *Schamb. §. ult.*

III. Sententia magiſtraliter *negat* adoptione perfecta tribui nobilitatem. *Schamb. loc. cit. Harp. cod. §. ult. hic n. 5.*

Priusquam harum opinionum fundamenta adornem, ſciendum eſt non hic quæſt. rotari de adoptione imperfecta, ſive ab extraneo facta; cum enim quis per hanc nec in familiam, nec

nec in poteſtatem tranſeat, in confeſſo eſt, nec nobilitatem conſequi: nec etiam quæſtio eſt de adoptione ab aſcendente per lineam paternam facta, cum alias in ejus exiſtat poteſtate, Juraque habeat; ſed quæſtio eſt, vel de arrogatione, vel adoptione ab avo materno facta, & Q. *an ego ex parte ignobili natus, & ab avo materno nobili adoptatus, fiam nobilis?*

Affirmativa his fundamentis nititur.

I. Ex *l. 32. ff. de rit. nupt.* ubi dicitur, quod libertinus ab ingenuo adoptatus Jura ingenuorum conſequatur, ergo etiam plebejus adoptatus a nobili Jura nobilium obtinebit.

II. Adoptio tribuit dignitatem patris adoptivi; *l. 13. ff. h. t. l. 5. 10. ff. de ſenator.* ergo etiam nobilitatem.

III. Per adoptionem acquiruntur Jura conſanguinitatis; *L. 15. 44. ff. h. t.* ergo & nobilitas, quæ ex ſanguine deſcendit.

IV. Si fœmina plebeja ducatur a nobili, efficitur nobilis, *l. 13. Cod. de dignit.* ergo etiam ſi plebejus adoptatur a nobili, efficietur nobilis, quia tranſit in familiam mariti; ergo etiam ideo adoptatus efficietur nobilis, quia tranſit in familiam ſui patris adoptivi.

12 V. Adoptio imitatur naturam, & tantum Juris tribuit, quantum habent liberi naturales, & legitimi ſimul; ſed hi ſunt Jure nativitatis nobiles, ergo etiam adoptatus Jure adoptionis nobilis efficietur.

Verum licet ſpecioſa videantur hæc fundamenta, me tamen non movent, ut in *affirmativam* condeſcendam, proinde *negativæ* inſiſtendo teneo, *per adoptionem nobilitatem non tribui.*

Moveor I. Efficaci & ſolida ratione: quia alias in cujuslibet arbitrio foret ac poteſtate, aliquem nobilitandi, qua tamen prærogativa ſolus Princeps pollet *Harp. loc. cit. n. 10.* Accedit: quod adoptio ſit modus acquirendi patriam poteſtatem, non nobilitatem. *Schamb. loc. cit. verſ. quarta ratio eſt.*

Moveor II. *Ex L. 23. ff. h. t.* ubi dicitur: *Adoptio enim non Jus ſanguinis, ſed agnationis parit.* Jam ſic arguo: Adoptio non tribuit ſanguinem; ergo neque nobilitatem, nobilitas enim ex ſanguine parentum æſtimatur; ex eo ſcilicet, quod boni ex bonis, fortes ex fortibus procreari præſumantur, quem effectum ſane adoptio non tribuit.

Moveor III. Filius adoptivus patri in feudo non ſuccedit; *cap. 1. ff. adoptivus lib. 2. feud. tit. 26.* ergo probabile, quod non fiat nobilis, cum nobilibus plerumque feuda dentur. *Schamb. loc. cit.* Confirmatur: ideo adoptivus a nobili in feudum non ſuccedit, quia non debet in vaſalli poteſtate eſſe per filios commentitios, ac ficititios dominum ac agnatos ſuo Jure privare, ac in feudis ſuis præjudicare; atqui etiam Principi in prærogativa nobilitandi præjudicari non debet, *Harpr. loc. cit. in fine*, ergo.

Moveor IV. *per l. ult. ff. de ſtat. homin.* ubi libertinus ab ingenuo adoptatus non fit ingenuus his verbis: *Eum, qui ſe libertinum eſſe fatetur, nec adoptando patronus ingenuum facere poteſt.* Ergo neque adoptatus a nobili fiet nobilis.

Moveor V. hoc argum. Vel enim con-

conſideramus nobilitatem ob innatam ad præclare agendum virtutem, vel ob nativitatem, ſicut nunc maxime æſtimatur *l. Nobilitas 3. Cod. de commerc. & Mercat.* Atqui adoptio nec virtutem arrogantis, cum ſit habitus, qui evelli non poteſt; nec ſanguinem, cum tantum Jus agnationis adferat, *d. l. 23. ff. h. t.* tribuit; ergo neque nobilitatem; quia non tribuit id, ex quo nobilitas æſtimatur. *Harp. n. 8.*

13 Ad I. M. Aliud eſſe Jura, ſive privilegia ingenuorum conſequi, aliud eſſe, fieri ingenuum. Poſſis ſane privilegiis nobilium gaudere, ſed quis te nobilem eſſe dixerit?

Ad II. Dico dignitatem a nobilitate ſeparandam eſſe; ſane poteris eſſe in Senatoria dignitate conſtitutus, & tamen nobilis non eſſe, quia non dignitas tribuit nobilitatem, ſed Imperator ſpeciali reſcripto eam impertitur.

Ad II. Repono. Licet adoptatus dicatur fieri cognatus patris adoptivi, id tamen tantum intelligendum eſt *de cognatione legali*, non *naturali*; at legalis cognatio nobilitatem non tribuit, nobilitas enim ex ſanguine æſtimatur. *Harp. n. 13.*

Plane adoptione Jura naturalis conſanguinitatis non tribui, vel ex eo patet, quod alias in pluribus gradibus matrimonium dirimeret, nec filius adoptivus ſoluta per emancipationem patris poteſtate filiam naturalem ducere poſſet, uti docet *l. 17. ff. de rit. nupt.*

Ad IV. Retundo, hoc ſpeciale eſſe in matrimonio propter favorem conjugii, & inſuper id in Jure expreſſum eſſe, adeoque ad conſequentias non producendum, *per l. 14. ff. d. LL. Quod contra rationem Juris receptum eſt, ad conſequentias non eſt producendum.* Deinde auctoritati Principis non tam multum præjudicatur per hoc, quod matrimonium a nobili cum fœmina plebeja contractum nobilitatem operetur, cum perſona extincta, & illa pereat, quod ſecus eſt in filio adoptivo, per quem nobilitas propagatur. *Harp. n. 14.*

Ad V. Facilis eſt reſponſio: adoptio enim imitatur naturam quoad effectum patriæ poteſtatis, *conc.* quoad alia, quæ ſolus Princeps largitur, *neg.*

Proinde, qui adoptare, aut arrogare, & ſimul arrogatum nobilem fieri cupit, a Principe nobilitatem obtineat neceſſe eſt. *Schamb. in fine hic.*

Adoptioni non diſſimilis eſt recepta paſſim hodie in Germania unio prolium, die Einkindſchafft, quæ eſt pactum inter parentes, eorumque ex diverſo matrimonio utrinque ſuſceptos, & ſuſcipiendos liberos, præſuppoſito filiationis Jure de mutua invicem ſucceſſione, coram ordinario loci Magiſtratu, cum cauſæ cognitione, adhibitis iis, quorum intereſt, & actis intervenientibus rite recteque initum. *Schamb. hic in fine.* Plura de unione prolis vide apud *Gail. lib. 2. obſ. 125. Harp. n. 25. § ult. de adopt.*

TITU-

TITULUS XII.

Quibus modis Jus patriæ poteſtatis ſolvatur.

SUMMARIA.

1. Mors naturalis ſolvit patriam poteſtatem. 2. Niſi ſint recaſuri in alterius poteſtatem. 3. Item mors Civilis eandem ſolvit. 4. Relegatio non etiam. 5. Deportatus an patriam poteſtatem ſolvat. 6. Emancipatio quid ſit, & quotuplex. 7. Monachiſmus an ſolvat patriam poteſtatem.

HUcuſque viſum eſt, quibus modis patria poteſtas acquiratur. Jam vero, cum nihil ſub Sole tam firmum ſit, quin quandoque rumpatur, videndum erit, quibus modis patria poteſtas diſſolvatur.

Ad verſ. Hi vero.

1 I. Modus, quo patria poteſtas ſolvitur, eſt *mors naturalis, text. hic* ratio, quia mors omnia ſolvit, *Nov. 22. cap.* 20. & mortuo patre omnia, quotquot ei ſubjecta fuerint capita, nomen patrumfam. ſubeunt, ſuique Juris fiunt. *l. 195. §. 2. ff. de V. S. Vinn. Inſt. hic.*

Dices: Mors eſt facti, patria poteſtas eſt Juris; atqui ea, quæ ſunt facti, non tollunt ea, quæ ſunt Juris; *l. 27. §. pactus ff. de pact.* ergo &c. *R. diſt. min.* atqui ea, quæ ſunt facti, non tollunt ea, quæ ſunt Juris, niſi ſint Jura perſonalia, quæ cum perſona extinguuntur. *conc.* ſi ſint Jura perſonalia, *neg. min. & conſeq. Mant. n. 5. Harp. n. 7. hic.*

Ad verſ. Sed ita.

2 Dicta, quod morte naturali ſolvatur Jus patriæ poteſtatis, procedunt, niſi liberi poſt mortem patris in alterius poteſtatem ſint recaſuri. Hinc ſi avus, qui nepotes in ſua poteſtate habuit, moriatur, hi non efficiuntur ſui Juris, ſed in patris ſui poteſtatem recidunt, ſi hic adhuc vivat: ceſſat enim cauſa, propter quam pater, qui ipſe in poteſtate fuit, ſuos liberos in poteſtate non habuit.

§. Cum

§. Cum autem 1.

3 II. Modus, quo ſolvitur patria poteſtas eſt *mors Civilis*, quæ per maximam, & mediam capitis diminutionem contingit. Ratio: quia per mortem Civilem aliquis amittit communionem Juris Civilis *Menz. hic.* Plane, ſi deportatus a Principe reſtituatur in integrum, recipit poteſtatem patriam, dummodo reſtitutio ſit pleniſſima, nam reſtitutio generalis pœnam quidem remitti facit, non vero reddi poteſtatem patriam. *text. hic l. 1. & 2. Cod. de ſentent. paſſ. & reſt. Praux. n. 4. hic.*

§. Relegati 2.

4 Relegatio, die Lands-Verweiſung, utpote quæ non tollit Jura civitatis, non etiam diſſociat patriam poteſtatem. *text. hic.*

§. Pœnæ 3.

Qui ſervus pœnæ fit, hoc eſt, in metallum fodiendum, vel ad pugnandum cum beſtiis condemnatur, amittit patriam poteſtatem, quia patitur maximam, & mediam capitis diminutionem. *text. hic* Huic pœnæ ſimilis eſt condemnatio ad triremes. *Carpzov. p. 3. q. 129. n. 8.*

§. Filiusfam. 4.

Olim neque conſulatus, neque militiæ, neque Epiſcopatus. *l. ult. Cod. de Conſul. l. 34. Cod. de Epiſcop. & Cler.* Sed ſola patritiatus dignitas a nexu poteſtatis patriæ eximebat. *text. hic.*

Hodie vero non tantum patritiatus, ſed Epiſcopatus, conſulatus, militiæ, & aliæ plures, quæ in *Nov. 81. §. 1. & auth. Sed Epiſcopalis. C. de Epiſcop. & Cler.* recenſentur dignitates, imo omnes, quæ a curiali conditione aliquem liberant. *Nov. 70. & l. ult. C. de Decurion.* diſſolvunt patriam poteſtatem. *Harp. n. 3. Schneid. n. 4. Mynſing. n. 8. hic. Berlich. p. 2. Concl. 12.*

Q. I. *Liberetne Doctoratus a poteſtate patria? R. imo.* Satis certum eſſe Doctores, qui agunt Profeſſores publicos, & in Accademiis publice leges docent, ac profitentur, liberari a nexu poteſtatis patriæ. Ratio: quia teſte *Nov. 81. cap. 1. §. 1.* omnes illi a patria poteſtate immunes aſſeruntur, qui immunes ſunt ab oneribus curiæ; ſed Profeſſores publici ſunt immunes ab oneribus curiæ; *l. 6. C. de Profeſſ.* ergo *&c. ado* Communi DD calculo obtinere, etiam reliquos Doctores a nexu patriæ poteſtatis liberari. Ita teſtatur *Berlich. loc. cit. n. 53. Vultejus* 5

R *Inſt.*

Inſt. hic n. 6. Cardinal. Tuſch. pract. concluſ. lit. D. Concluſ. 649.

Ratio eſt: quia hodie omnis dignitas eximit a patria poteſtate; *d. Nov. 81. cap. 3. §. 1.* ſed Doctoratus eſt dignitas. *l. 4. §. 1. ff. de excuſ. tut. & l. 7. C. de poſtul.* ubi Doctores nobiliſſimi vocantur, *& l. 2. §. 9. C. de vet. Jur. enucl.* ubi egregii & illuſtres nuncopantur. *Myncing. cent. 4. obſ. 31. Stephan. de Juriſdict. lib. 3. p. 2. cap. 14. n. 93.* ubi ait: quod in Imperiali Camera Doctores, & Nobiles paribus fruantur ſtipendiis, iisdemque idem veſtitus concedatur, qui Nobilibus. Policey-Ordnung. *1577. tit. 2. Illuſtris D. L. B. ab Andlern. Juriſprud. qua publica privat. lib. 1. tit. 2. p. 2. n. 27.* ergo Doctoratus eximit a poteſtate patria.

Diſſent. *Franz. loc. cit. n. 7. Harp. hic n. 7. Schneid. n. 5. Schamb.*

§. Si ab hoſtibus 5.

V. Modus, quo ſolvitur patria poteſtas, eſt *captivitas*, per quam tamen non tam dirimi, quam ſuſpendi, & ſtatus liberorum dubius effici dicitur. Vel enim pater revertitur, vel apud hoſtes decedit. Priori caſu recipit patriam poteſtatem, ac fingitur Jure poſtliminii ſemper in civitate fuiſſe: Poſteriori caſu adminiculo legis Corneliæ fingitur eo momento deceſſiſſe, quo captus fuit, *text. hic.* Hoc die capti apud Turcas, apud nos pro ſervis non habentur. *Mans. n. 19.*

§. Præterea 6.

6 VI. Modus, quo patria poteſtas ſolvitur, eſt *emancipatio*, quæ definitur, quod ſit patriæ poteſtatis relaxatio.

Dividitur in *legitimam*, *Anaſtaſianam*, *& Juſtinianeam*. Legitima eſt, quæ olim per imaginarias venditiones celebrabatur, & iſta ob duras ſolennitates, quibus obnoxia erat, in deſuetudinem abiit.

Anaſtaſiana eſt, quæ per impetrationem reſcripti Principis fiebat. *l. 5. C. h. t.*

Juſtinianea, quæ coram quocunque competente Magiſtratu contingebat. *l. pen. C. eod.* Hodie ſecundum conſuetudinem univerſæ Europæ emancipatio tacita intervenire cenſetur, ſi filius ſeparatim habitare, res ſuas ſibi gerere, ac proprium focum, & menſam habere incipiat. *Mans. n. 21. hic. Berlich. p. 2. concl. 12. n. 33. Gomez. var. reſolut. tom. 1. cap. 11. n. 34.* & plures ab his longa ſerie recenſiti.

§. Admonendi 7.

Si quis habeat plures liberos in poteſtate, v. g. *filium*, & *ex eo nepotem*, tunc pater pro libitu emancipare poteſt quem velit, etiam nepotem, reten-

tento filio in poteſtate, & econtra filium retento nepote. Ratio: quia quisque Jure ſuo uti poteſt.

§. Sed etſi 8.

VII. Modus, quo patria poteſtas ſolvitur, eſt *adoptio perfecta*, quæ ab aſcendente aliquo, v. g. *avo materno* facta eſt, per quam tamen patria poteſtas non tam ſolvitur, quam potius transfertur.

§. Illud 9.

Si nepos naſcatur ex emancipato filio, in cujus erit poteſtate? ℟. ſi eſt conceptus ante emancipationem, erit in poteſtate avi, ſi poſt, erit in poteſtate filii, in his enim, qui naſcuntur ex thoro legitimo, inſpicimus tempus conceptionis. *L. 14. ff. de adopt. L. 19. ff. de ſtat. hom. Perez. Inſt. hic.*

§. Et quidem ſin.

Hic nihil aliud deciditur, quam quod pater invitus cogi non poſſit emancipare ſuos liberos, correlativorum enim eadem eſt natura, ficut ergo pater filium invitum emancipare non poteſt, *auth. generaliter C. de natural. lib.* Ita quoque invitus pater cogi non poteſt, ut filium emancipet. *d. l. 31. ff. de adopt. l. 4. Cod. de emancip. Gail. 2. obſ. 17. n. 5.*

7 Q. II. *An per Monachiſmum ſolvatur patria poteſtas?* ℟. In eam communi harmonia DD. condeſcendere ſententiam, in utilibus, & iis, in quibus Religioni prodeſt patria poteſtas, eam non ſolvi, in damnoſis vero, h. e. in quibus patria poteſtas Religioni non prodeſt, diſſolvi. Ratio prioris eſt, ne, quod in commodum Religionis eſt introductum, detorqueatur in ejus detrimentum, contra. *l. 6. C. de LL. cap. 61. de R. J. in 6.* Ratio poſterioris, quia Profeſſus in Abbatis poteſtatem tranſit, ut proinde nequeat in duplici poteſtate exiſtere. *Gomez var. reſolut. tom. 1. cap. 3. n. 20. in fine. Franz. Inſt. hoc n. 5. Glettle aſſert. Jurid. 23.*

TITULUS XIII.

De Tutelis.

SUMMARIA.

1. *Definitur tutela.* 2. *Verba*, Vis, ac Poteſtas, *quo referenda ſint.* 3. *Tutela quomodo differat a curatela.* 4. *Tutela triplex eſt.* 5. *Tutorem quis teſtamento dare poſſit.* 6. *Mater an teſtamento recte tutorem det* 7. *Pater filio naturali non poteſt tutorem dare.* 8. *Filio exhæredato recte tutor datur.* 9. *Item poſthumo.* 10. *Tutela Electorali teſtamento alii, quam ſeniori agnato, recte defertur.*

CONNEXIO.

POſtquam diſpeximus de perſonis alieno Juri ſubjectis, puta, de ſervis, & filiisfamilias, agendum ſupereſt de perſonis, quæ ſui Juris ſunt, quarum aliæ ſub tutela, ut pupilli, ſive impuberes, aliæ ſub curatela, ut adulti, & minorennes, aliæ neutro Jure tenentur.

In hoc autem, & ſeqq. tit. Imperator de iis duntaxat perſonis agit, quæ ſub tutela & cura ſunt; ſic enim, inquit ille, cognoſcemus, quæ neutro Jure teneantur, contrariorum enim eſt ea natura, atque indoles, ut uno cognito noſcatur & alterum. *pr. Inſtit. h. t. & L. 1. ff. de his, qui ſui, vel alien. Jur.*

Dices: Tutela eſt munus publicum; *arg. l. 9. ff. eod.* ergo male hoc loco agitur de tutela, vel falſo dixit Imperator *in § 4. Inſt. de J. & J.* quod in Inſtit. de Jure velit duntaxat privato agere. R. Tutela eſt munus publicum authoritate, h. e. nemo poteſt tutorem dare, niſi cui id lex permittit, *conc. ant.* utilitate, *neg. ant. & conſeq.* pertinet enim ad utilitatem privatorum. *Schambog. & Manz. loc.*

§. Eſt autem 1.

1 Tutela a tuendo dicta concinne deſcribitur, quod ſit *vis ac poteſtas in capite libero ad tuendum eum, qui per ætatem ſe ipſe defendere nequit, Jure Civili data ac permiſſa.* Concordat N. Oe. Gerhabſchafts-Ordnung, *tit.* 1. §. 1.

Dicitur 1. *Vis ac poteſtas;* Alii legunt, *Jus ac poteſtas.* Sed contra eſt I. quod in pandectis Florentinis, quæ ſunt correctiſſimæ, legatur *Vis ac poteſtas.* Contra eſt II. quod in § 2. *h. t.* tutor definiatur, qui eam vim ac poteſtatem ha.

habet. *Heunold. tract. 4. de J. & J. cap. 4. Controv. 1. n. 123.*

4 Sed quid ſignificant verba *vis ac poteſtas*? varii varie explicant, communior eſt expoſitio, quæ ſtatuit eſſe ſynonima, & ideo conjuncta, ut ſignificetur tutelam non eſſe quamcunque, ſed poteſtatem vehementem, magnam, & efficacem, & velut portionem patriæ poteſtatis, qua tutori liceat pro authoritate quid ſtatuere, facere, diſponere, tum circa perſonam, tum circa res pupilli. *Franz. Inſtit. h. t. n. 2.*

Dicitur 2. *in capite libero.* Hic rhodus, hic ſaltus, vehementer enim ſe torquent DD. quo referenda ſint hæc verba, an ad tutorem, an ad pupillum, an vero ad utrumque.

Ad pupillum referenda docent *Bachov ad Treutl. vol. 2. diſp. 8. th. 1. lit. C. Schneid. n. 3. Inſt. h. t.*

Moventur hac ratione, quia pupillus debet eſſe liber reſpectu patriæ, & dominicæ poteſtatis, cum filiusfam. regulariter tutorem habere non poſſit; eſt enim officium patris, ne filium indefenſum relinquat. *Manz. n. 4. hic.* nec ſervus habere poteſt tutorem, cum exiſtat in poteſtate dominica. *Mynſing. Inſtit hic n. 3.*

Ad tutorem referunt *Schamb. Inſt. hic. Zoeſ. ff. de tutel. n. 1. Franz. Inſt. hic n. 3.*

Moventur I. Quia tutela, ut pleraque in Jure noſtro, eſt relatio quædam, nempe reſpectus tutoris ad pupillum, & tota verſa; ergo debuit definiri per fundamentum, & terminum ſuum, cum relatio juxta R. R. nihil aliud ſit, quam fundamentum, & terminus ſimul ſumpta; ergo per tutorem tanquam fundamentum, & per pupillum tanquam terminum. Si hoc? ergo per verba *in capite libero*, debet intelligi tutor, cum per ſeqq. ſatis exprimatur pupillus.

II. Si per verba *in capite libero* intelligatur pupillus, definitio evaderet tanto Logica, hoc eſt, idem nempe pupillus bis poneretur in definitione, ſemel ibi: *in capite libero*, & iterum ibi: *qui per ætatem ſe ipſe defendere nequit.* Quod a bona definitione alienum foret.

III. Si verba *in capite libero* referenda eſſent ad pupillum, deberent in ſeqq. dici *ad tuendum ſe.* Juxta naturam reciprocorum, atqui dicitur *ad tuendum eum*, ergo verba *in capite libero* non ad pupillum, ſed ad tutorem referenda ſunt.

Ad utrumque referunt. *Manz. n. 4. Hunn. var. reſolut. lib. 1. tract. 4. q. 2.*

Moventur hoc ſolo, ſed ſolido argumento, quia in utroque, tam pupillo, quam tutore requiritur, ut ſit caput liberum.

Ex parte tutoris ideo, quia tutela eſt Juris Civilis, ac civium Romanorum propria, *text. hic.* in verbis: *Jure Civili data.* Arqui ſervus Juris Civilis communionem non habet, imo quod ad Jus Civile attinet, pro nullo habetur. *L. 32. ff. de R. I.* Imo quod ſervus tutor dari nequeat, diſerte ſtatuit. *L. 22. ff. de teſtament. tut.* ergo verba *in capite libero* ad tutorem commode referuntur.

Ex parte pupilli requiritur, ut ſit caput liberum, quoniam, ut paulo ante di-

diximus, filiusfamil. & ſervus tutorem non habent.

Argumenta contraria ſe ipſis ruunt: non enim, *neg.* ſed ultro, *conc.* verba *in capite libero* referenda eſſe ad tutorem, ſed *neg.* quod ad pupillum referri nequeant, tutela enim ad utrumque pertinet, ad tutorem quidem active, ad pupillum paſſive.

Dicitur 3. *ad tuendum eum.* Hic eſt finis primarius, & intrinſecus tutelæ,
3 tueri pupillum, quo differt tum a cura, tum a patria poteſtate. A *cura*, quod hæc pro fine principali non habeat tuitionem perſonæ, ſed adminiſtrationem bonorum. Tutor enim primario datur perſonæ, curator vero rei, § *certa 4. ſeq. tit.* *a patria poteſtate*, quia hæc potiſſimum inducta eſt propter utilitatem ipſius patris: contra vero poteſtas tutoris præciſe ob utilitatem pupilli *Harp. hic n. 22.* Appoſite Cicero 1. *Offic.* *Ut enim tutela, ſic procuratio Reipublicæ ad utilitatem eorum, qui commiſſi ſunt, non ad eorum, quibus commiſſi, generanda eſt.*

Dicitur 4. *Qui per ætatem*, quibus 4
verbis rurſus tutela diſtinguitur a curatela, hæc enim non ſolum propter ætatem, ſed etiam aliquando propter alia vitia, tum animi, tum corporis, ut eſt furor, prodigalitas, morbus ſonticus, inducta eſt. *Vinn. Inſtit. hic.* Scimus enim, quod etiam furioſis, prodigis, & mente captis curator detur *Marv. n. 6.*

Dicitur 5. *Jure Civili data & permiſſa.* Quæ verba potius ad diviſionem, quam definitionem ſpectant, ut tutela juxta *text.* ſit duplex, alia ſcilicet *Jure Civili*, ſive *lege data*, i. e. *legitima*; alia *permiſſa*, ſubintellige, dari, quæ iterum duplex eſt; vel enim permittitur dari a teſtatore, & vocatur *teſtamentaria*, vel a Magiſtratu, & dicitur *dativa.* *Schamb. hic in fine. Harp. n. 24.* de his tutelis agemus in ſeqq.

§. Tutores 2.

Q. hic, *quinam dicantur tutores?* & R. Imperator tutores eſſe, qui eam vim & poteſtatem, de qua in definitione dictum eſt, habent, additque rationem nominis, dum ait: tutores appellari quaſi *tuitores*, *& defenſores a tuendo dictos*, quemadmodum in ſimili æditui dicuntur, qui ædes tuentur, & ſic:

Conveniunt rebus nomina ſæpe ſuis

Noſtra vernacula tutores vocantur Gerhaber, oder Vormünder. Neue Gerhabſchafts-Ordnung. *tit. 1. §. 3.*

§. Permiſſum 3.

Pro pleniori hujus §. cognitione notandum eſt, tutelam eſſe triplicem, puta *teſtamentariam*, quæ in teſtamento conſtituitur: *legitimam*, quæ a lege, & *dativam*, quæ dante, & decernente Magiſtratu conſtituitur. *L. 52. C. de Epiſ. & Cler.* concordat N. Oe. neue Gerhabſchafts-Ordnung. *loc. cit.*

De

De legitima, & dativa in titul. ſeqq. de teſtamentaria in hoc § agitur.

Ratio vero, cur priori loco de teſtamentaria agatur, aſſignatur a *Mant. n. 1. & 2. hic.* quia, quamdiu tutela teſtamentaria ſperatur, tam diu legitimæ & dativæ tutelæ locus non relinquitur. *l. 89. ff. de R. I.* Ratio rationis: quia tutelæ procedunt ad modum hæreditatis, ſed quamdiu ex teſtamento poteſt adiri hæreditas ab inteſtato, legitima hæreditas non defertur; *l. 39. ff. de acq. vel admitt. hæred.* proviſio enim hominis tollit proviſionem legis. *Nov. 22. cap. 2.* & lex ſilet, ubi homo loquitur.

5 Q. Jam in hoc § qui teſtamento tutores dare poſſint? & quibus tutor teſtamento dari poſſit? & reſcribit Imperator in hæc verba: *Permiſſum eſt itaque parentibus, liberis impuberibus, quos in poteſtate habent, teſtamento tutores dare.*

Dicitur l. *Parentibus*, hi enim pro liberis optimum, & ſaluberrimum capere conſilium, iisque rectiſſime velle proſpicere creduntur, ob ſingularem, & ſummam affectionem, qua illos proſequuntur. *l. 7. §. 1. ff. de adminiſt. & pericul. tut. Harp. n. 4. & 5. hic.* Et cum tutelæ datio ſit effectus patriæ poteſtatis, ideo ſub ly *parentibus* illi duntaxat intelliguntur, qui liberos in poteſtate habent, puta, *pater, avus paternus, &c.* concordat. N. Oe. Gerhabſchafts-Ordnung *tit. 2. §. 1.* Hinc

Excluditur *1mo:* Mater *l. 69. ff. de legat. 2* quia mulierum conſilium fragile, infirmum, & præceps reputatur. *l. 22. C. ad SC. Vellejan. Mant. n. 7. hic.*

Coïncidit Jus Auſtriacum *loc. cit.* § 2. Auſſer obgedachter Eltern, kan niemand, auch ſo gar die Mutter, oder Anfrau ihren Kindern in denen anerſtorbenen Vatter, An- oder Ur-Anherrlichen, oder anderwerts herrührenden Erbſchaften keine Gerhaben verordnen. Sed

Q. I. *Quid ſi mater defacto teſtamento dederit tutorem filio ſuo?*

Circa hanc quæſt. occurrunt *l. pater 4. ff. de teſtam. tut. & L. mater 4. Cod. eod.* quæ ſibi invicem videntur contrariari. 6

Ut in concordiam reducantur, adminiculo diſtinctionis controverſia dirimatur, neceſſe eſt. Refert nimirum, an mater ſimul filium hæredem inſtituerit, nec ne? ſi ſimul hæredem inſtituerit, datus tutor prævia confirmari debet inquiſitione. *d. l. pater 4.* Sin minus, ſolet ex voluntate tutor datus a judice matris confirmari. *d. l. mater 4.*

Dico, *ſolet.* Sic enim *textus* loquitur, relinquendo arbitrio Magiſtratus, an tutorem ita a matre datum confirmare velit, nec ne? Secus eſt in caſu, quo mater filium hæredem inſtituit; tunc enim, ſi præmiſſa inquiſitione Judex eum idoneum eſſe cognoverit, debet ipſum tutorem confirmare. *Brunnem. in d. L. mater 4. Franz. l. 1. tit. 14.* § 2. Idem obtinet de Jure Auſtriaco *loc. cit.* §. 2. Jedoch iſt ſowohl der Mutter, als Anfrau über ihre eigene Verlaſſenſchaften denen hinterlaſſenen minder-jährigen Kindern, oder Enckeln, Gerhaben zu verordnen nicht verwehrt, welche Gerhaben aber hernach durch die Obrigkeit

tert auf vorhergehende Erkundigung, beſtättiget werden ſollen.

2do: A fortiori excluduntur, qui non ſunt ex numero parentum, ut: *patronus*, *patruus*, *frater*, aut quivis alius extraneus. Si ergo hæ perſonæ tutorem teſtamento dederint, datio non valet ipſo Jure; ſi tamen impuberem ſimul hæredem inſtituerint, tutor datus prævia inquiſitione, an idoneus ſit, a Magiſtratu confirmabitur. *L. 4. & 5. ff. de confir. tut. L. 28. §. 2. ff. de teſtam. tutel.*

Dicitur II. *Liberis impuberibus* Quia pubertibus non dantur tutores, ſed curatores; curatores autem teſtamento dari non poſſunt. *§. 1. inſ. de curat.* Aliud obtinet de conſtitutione inferioris Auſtriæ: Gleichwie es bishero in unſerem Ertz-Hertzogtum Oeſterreich zwiſchen denen unmündigen, und minder-jährigen, wie auch denen Tutoren, und Curatoren diſsfalls kein Unterſcheid gehalten worden, alſo ſoll es noch hinfüran darbey verbleiben, und die Gerhab- oder Vormundſchaft auf ein- und andere bis zu Erreichung der von uns hernach ausgeſetzten vogtbaren Jahren auch durchgehends, ſowohl auf die Perſon, als die Güther verſtanden werden.

Dicitur III. *Quos in poteſtate habent:* Tutelæ enim datio eſt effectus patriæ poteſtatis, effectus autem non eſt ſine cauſa. *Manz. n. 10. hic.* Unde

Colliges I. Patrem non recte tutorem dare filio emancipato, ſi tamen dederit, confirmandus eſt tutor ſimpliciter, i. e. ſine inquiſitione. *§. fin. Inſt. l. 1. §. 2. ff. de confir. tut.*

Colliges II. Patrem multo minus recte tutorem dare filio ſuo naturali tan- 7
tum, ſi tamen dederit, confirmandus eſt ſine inquiſitione in caſu, quo aliquid reliquit: ſi nihil, cum inquiſitione. *L. 7. ff. & L. ult. Cod. de confir. tut. Bachov. ad Trentl. vol. 2. diſp. 8. th. 2. lit. C. Wiſenbach. part. 1. pandect. 50. th. 12.*

Ad ℣. & hoc in filios.

Cum liberorum appellatione contineantur tam filii, quam nepotes, *l. 84. l. 201. ff. de V. S.*

Q. *Utrum etiam nepotibus teſtamento tutores dari poſſint?* & ℞. Poſſe: dummodo poſt obitum avi in poteſtatem patris recaſuri non ſint, qui enim patrem habent, a quo regantur, conſilio tutoris non egent, & tutela eſt poteſtas in capite libero, qui vero in poteſtatem recidit, liber non eſt.

Q. I. *An filio exhæredato dari poſſit?*

Dixeris, quod non, I. per *l. 26. §.* 8
2. ff. de teſtam. tut. ubi dicitur: *propter litem inofficioſi teſtamenti ordinandam exhæredato filio, cui tutorem pater dedit, eundem a prætore confirmari oportet.* Ergo tutor filio exhæredato datus a Prætore confirmandus eſt; ergo non eſt Jure, vel recte datus: quoniam quæ ipſo Jure ſubſiſtunt, confirmatione judicis opus non habent.

II. Qui teſtamento tutor datur, non poteſt ſeparatim ſine pecunia dari; *L. 12.*

Google

33. ff. de V. S. ergo exhæredato non datur tutor; cum nihil habeat ex teſtamento.

III. Tutor non poteſt dari, niſi ſuo hæredi. *L. 73. §. 1. ff. de R. I. Nemo poteſt tutorem cuique dare, niſi ei, quem in ſuis hæredibus, cum moritur, habuit, habiturusve eſſet, ſi vixiſſet.* Sed exhæredatus non eſt ſuus hæres. *l. 1. §. 10. ff. de ſuis & legit. hæred.* ergo.

Verum his non obſtantibus communi DD ſuffragio munita ſententia eſt, quæ ſuſtinet: *exhæredato tutorem recte dari. Hunn. var. reſol. lib. 1. tract. 4. q. 4. Bachov. ad Treutl. vol. 2. diſp. 8. th. 2. lit. A. & B. §. 3. n. 23. Inſt. b. t. Franz. lib. 1. tit. 14. Inſt. n. 4.*

Prob I. Pater poteſt liberis ſuis impuberibus, quos in poteſtate habet, tutorem dare, *§. 3. hic & l. 1. ff de teſt. tut.* atqui exhæredati liberi manent in poteſtate patris, quia exhæredatio non eſt modus ſolvendi, & extinguendi poteſtatem patriam *arg. tot. tit. Inſt. quib. mod. Jus patr. poteſt. ſol.* ergo liberis exhæredatis recte datur tutor.

Prob. II. *Per apert. text. l. 4. ff. de teſtam tut. Pater hærede inſtituto filio, vel exhæredato tutorem dare poteſt.*

Nec dicas, quod talis tutor confirmatione indigeat, præter hoc enim, quod lex de confirmatione nullam faciat mentionem, exhæredatum cum inſtituto eadem ratione conjungitur, ſicuti proinde tutor filio inſtituto datus abſque confirmatione recte datur, ita pariter exhæredato ſine ea recte dabitur.

Ad I. *&* Ibi committi fallaciam non cauſæ ut cauſæ; cauſa enim, cur tutor exhæredato datus confirmari debeat, non eſt, quia exhæredato datus eſt, ſed quia exhæredatus teſtamentum, in quo tutor eidem datus erat, quærela inofficioſi impugnavit. Unde ſtatim ibidem ſubjungitur: eventum rei judicatæ declaraturum, utrum tutor ex teſtamento patris, an ex decreto Prætoris authoritatem acceperit. Nam ſi exhæredatus filius in judicio vincat, tunc teſtamentum erit nullum, & conſequenter etiam tutoris datio olim nulla erat, adeoque ut valeret, authoritate judicis opus fuit Si vero pupillus exhæredatus ſuccumbat, tunc valebit teſtamentum, & in eo facta tutoris datio, ut confirmatione opus non ſit.

Ad II. Facilis eſt ſolutio: Senſus enim legis talis eſt, non poſſe patrem de ſola tutela liberorum ſuorum in teſtamento diſponere, niſi ſimul de pecunia ſua, ſive rebus diſponat, hæredemque in teſtamento inſtituat.

Ad III. Patet ſolutio ex dictis, & *neg ſuppoſitum*; per exhæredationem Jus ſuitatis tolli. Deinde *ad l. 1. §. 10. R.* Per exhæredationem Jus ſuitatis tantum tolli in *actu ſecundo*, quatenus nimirum ab hæreditate removetur. In actu enim primo exhæredatus tamen manet ſuus hæres, quia non deſinit eſſe in poteſtate patris, & proximo gradu, quæ duo ſuitatem conſtituunt *§. 2. Inſt. de hæred. qualit. & differ.* aliter *R. Harp. loc. cit.*

§. Cum autem 4.

9 Q. hic: *An pater non tantum liberis jam natis, ſed etiam primum naſcituris, & poſthumis, qui poſt ſepulturam, & humationem patris naſcuntur, tutorem dare poſſit?* R. quod ſic, poſthumi enim pro jam natis habentur, quoties de illorum commodo agitur. *l. 7. & l. 26. ff. de ſtat. homin.* ſi modo in ea cauſa ſint, ut, ſi vivis parentibus naſcerentur, ſui forent, & in poteſtate patria; tutor enim non datur, niſi ſuis hæredibus. *text. hic.*

§. Sed & 5.

Hujus §. explicationem habes ex dictis ſupra §. *3. h. t. verſ. colliges 2.*

Claudat hunc Titulum

Illa ingens & multorum ſcriptis nobilitata controverſia, poſſitne tutela Electoralis teſtamento deferri? v. g. Q. *An Elector Imperii filio ſuo primogenito impuberi poſſit teſtamento alium tutorem dare, quam proximum agnatum?*

Huic quæſt. anſam præbet Aurea Bulla *tit. 7.* quæ ita ſonat: *Si Principem Electorem mori, & hæredes legitimos laicos defectum ætatis patientes relinquere contigerit, tunc frater ſenior primogeniti, ejusdem ſcilicet defuncti, tutor eorum, & adminiſtrator exiſtat.* Ex his verbis

Videtur erui poſſe, quod proximus agnatus ſenior ita neceſſario tutor exiſtere debeat, ut in ejus præjudicium alius teſtamento dari nequeat. Ita docent *Hermes faſtic. Jur. publ. cap. 18. n. 48. Harp. §. 2. Inſt. de legit. agnat. tut. n. 4. Trentl. vol. 2. diſp. 8. th. 3. lit. A. Limnæ. ad cap. 7. Aur. Bull. §. 2. obſ. 11. Bechmann. exercit. 5. ad Aur. Bull. n. 30. & ſeqq. Scharſchmid. vol. 1. exercit. 8. th. 22. lit. A.*

Moventur I. Aurea Bulla expreſſe ſancit, ut proximus agnatus hæredis Electoralis impuberis, uſque ad XVIII. annos completos tutor, & adminiſtrator exiſtat; ergo hoc Jus agnato proximo per teſtamentum auferri haud poterit. *l. 1 c. ff. de R. I.*

II. Tutela Electoralis eſt Juris publici, Juri autem publico teſtator derogare non poteſt. *l. Jus publicum. 38. ff. de pact. l. 42. ff. de oper. libert.*

III. Si proximus agnatus eo demum caſu admitteretur ad tutelam Electoris impuberis, quo non adeſt tutor teſtamentarius, Aurea Bulla otioſa foret, utpote quæ nihil diſponeret novi, ſed idem, quod lex XII. *Tab.* ſtatueret, vi cujus etiam proximus agnatus tutor eſt, ſi teſtamentarius deficiat.

IV. Succeſſio Electoralis non ſtat in arbitrio, & diſpoſitione Electoris; ergo neque tutela, quia tutor ſeparatim ſine pecunia dari non poteſt. *l. 52. ff. de V. S.*

V. Si

V. Si tutela Electoralis penderet ex arbitrio Electoris, poſſet eandem deferre Principi extraneo; ſed hoc videtur repugnare Rationi ſtatus, & Reipubl. utilitati, quæ vult, ſecreta Electoralia non propalari, ergo ex arbitrio Electoris pendere non debet.

VI. Hiſtorici commemorant, quod Fridericus Ludovici IV. Electoris Palatini frater, ſpreta diſpoſitione teſtamentaria, tutelam filii impuberis geſſerit. Idem etiam fecerit Caſimirus frater Ludovici V. qui contempta voluntate ultima ſe ad tutelam Friderici impuberis intruſit, & proinde tutela Electoralis teſtamento deferri poſſe non videatur.

Verum his rationibus in contrarium nihil moventibus, teneo tutelam Electoralem a patre Electore alii, quam proximo agnato, deferri poſſe, *ita Glettle tract. de teſtam. cap. 2 §. 1. n. 3. Hunn. ad Treutl. vol. 2. diſp. 8. th. 3. lit. A. q. 21. Vitriar. in Jus publ. lib. 3. tit. 11. n. 4. & 5. ſolide Franz. Inſt. lib. 1. tit. 14. n. 10.*

Prob. hoc unito, ſed ſolido fundamento. Jus novum Aureæ Bullæ eundem ſenſum recipit, quem Jus vetus; ſed Jus vetus diſponens, quod proximus agnatus debeat eſſe tutor Electoris impuberis, recipit hunc ſenſum: niſi alius teſtamento tutor datus ſit, ergo Jus novum etiam hunc ſenſum recipit, quod proximus agnatus tutor eſſe debeat, niſi alius teſtamento datus ſit. Accedit, quod omnis conſtitutio nova ita explicanda ſit, ut quam minime recedatur a Jure ordinario. *arg. l. 27. C. de teſtam. & l. 32. §. ult. C. de appellat.*

Argumenta contraria nullo labore diluuntur, & quidem

Ad I. R. Verum eſſe, quod Aurea Bulla diſponat tutelam proximo agnato deferendam eſſe, ſic enim verba ſonant: *Tunc frater ſenior ejusdem primogeniti tutor, & adminiſtrator exiſtat.*

Verum enim vero iſta conſtitutio hunc ſenſum & conditionem recipit: *niſi Elector pater teſtamento alium tutorem dederit.*

Eſto, Jus vetus diſponat agnatum debere eſſe tutorem agnati impuberis, per hoc tamen non excluditur tutor teſtamentarius, ergo etiam, eſto Jus novum Aureæ Bullæ dicat, fratrem ſeniorem debere eſſe tutorem Electoris impuberis, per verba tamen hæc non excludetur tutor teſtamento datus.

Ad II. R. Nos non ire inficias, quod Elector Aureæ Bullæ, tanquam Juri publico derogare, aut præjudicare non poſſit. At falſum eſt ſuppoſitum, quod dando tutorem teſtamentarium Aureæ Bullæ deroget, aut præjudicet, cum Aurea Bulla tutorem teſtamento dare non prohibeat.

Ad III. R. Falſum eſſe, quot otioſa eſſet conſtitutio Aureæ Bullæ, & nihil novi ſtatueret. Nam I. ſancit aliquid novi in hoc, quod *ex l. XII. Tab.* non tantum ſenior agnatus, ſed reliqui omnes agnati gradu pares ad tutelam admittantur. At Jure Aureæ Bullæ ſolus agnatus ſenior ad tutelam vocatur. II. De Jure XII. *tabl.* tutela tantum durat uſque ad XIV. annum ſi maſculus; ſi fœmina ſit, uſque ad XII. Aurea Bulla autem diſponit, ut Elector impubes uſque ad XVIII. an. tutorem habeat.

 Ad

TITULUS XIV.

Qui teſtamento tutores dari poſſint.

SUMMARIA.

1. *Filiusfam. tutor rectè datur.* 2. *Pater an pro filio tutore teneatur.* 3. *Servus an poſſit tutor dari.* 4. *Minor, & furioſus ſub conditione tutores rectè dantur.* 5. *Quid ſi minor veniam ætatis impetraverit.* 6. *Tutor teſtamentarius ſub conditione rectè datur.* 7. *Secus tutor legitimus, vel dativus.* 8. *Certæ rei tutor dari non poteſt.* 9. *Tutor filio datus cenſetur quoque datus poſthumo.* 10. *Non vero nepoti.* 11. *Secus ſi liberis datus ſit.*

CONNEXIO.

1 VIdimus, qui teſtamento tutores dare, & quibus dari poſſint? ſequitur, quinam tutores teſtamento dari poſſint. Ubi regula occurrit, quod omnis poſſit teſtamento tutor dari, qui non prohibetur.

Ad Princip.

Q. hic, *an filiusfam. tutor dari poſſit?* Ratio dubitandi eſt: quia, qui ipſe in poteſtate eſt, alium in poteſtate habere non poteſt; *l. 11. ff. ad L. Jul. de adult.* ſed filiusfam ipſe in poteſtate eſt; ergo. II. Tutor tam in judicio, quam extra judicium pupillum defendere debet; atqui filiusfam. ſine conſenſu patris in judicio ſtare non poteſt. *cap. 3. de judiciis in 6,* ergo.

Verum his nihil refragantibus ℞. in *textu* hic, quod non ſolum paterfam. ſed etiam filiusfam. tutor dari poſſit. Ratio eſt in aperto, quia tutela eſt munus publicum *princip. Inſt. de accuſat. tut.* in cauſis autem publicis filiusfam. reputatur pro patrefam *l. 9. ff. de his, qui ſui vel alieni Jur. Mant. Inſt. hic. Hertog. n. 2. hic.*

Ad I. dubitandi rationem ℞. non poteſt alium habere in poteſtate ejusdem generis, *conc.* diverſi generis, *neg. maj.* vel aliter in ſimili *conc.* in diſſimili, *neg. maj.* Itaque qui in poteſtate patria eſt, vel dominica, non poteſt alterius dominus eſſe, vel patriam poteſtatem in alium habere. Ut autem filiusfam. habeat ſervum ſub ſua poteſtate, ut pupillum ſub tutela, hoc non implicat.

Ad II. ℞. Quod filiusfam. nomine ſuo ſine venia patris non poſſit ſtare in

in judicio, ſecus autem nomine alieno, ut *tutorio*, vel *procuratorio*.

Dubitatur: An pater pro filiofam. tutore teneatur, ſive, an ſi filiusfam. tutelam male adminiſtret, pater ejus ob id conveniri poſſit, & in quantum?

2 In hac quæſtione prodeunt duo *textus*, qui ſibi invicem contrariari videntur. Primus eſt *in l. 7. ff. de tutel.* alter in *l. 21. ff. de administrat. tut.* Ille aſſerit, quod pater in ſolidum: Hic quod peculiotenus duntaxat teneatur. Res adminiculo diſtinctionis dirimenda eſt, an videlicet pater tutelam agnoverit, nec ne? Si non agnovit, peculiotenus tantummodo tenetur. *d. l. 21.* Sin vero agnoverit, tenetur in ſolidum *d. l. 7.* Agnoviſſe autem cenſetur, ſi vel ipſe ſimul geſſit, vel gerenti filio expreſſe conſenſit; vel denique, ſi periculum tutelæ quaſi in ſe nominatim recipit. Sane, ſi pater filio gerenti tutelam, non expreſſe, v. g. *jubendo*, *approbando*, ſed ſolummodo tacite, h. e. non contradicendo, conſenſerit, agnoviſſe tutelam non cenſetur. *Harp. Inſt. n. 7 hic. Hunn. ad Treutl. vol. 2. diſp. 8. th. 2. lit. f. quaſt. 14.* Alter conciliat iſtos duos textus *Schamb. Inſt. hic. Brunnemann. in d. l. 7. Mynſing. Inſt. hic.*

§. Sed & 1.

Q. In hoc §. *an ſervus poſſit tutor*
3 *dari*? ℞. I. Non poſſe dari a Judice; *per l. 7. Cod. qui dar. tut.* quoniam Judex ſervo alieno libertatem neque expreſſe, neque tacite dare poteſt. ℞. II. ut iſte § bene percipiatur, diſtinguendum eſſe *1mo* inter ſervum proprium, & alienum. *2do* inter dationem puram, & conditionatam. *3tio* inter dationem erroneam, & eam, quæ procedit ex certa ſcientia: Unde

Dico I. Si ſervus per errorem liber putatus teſtamento tutor datus ſit, dationem non valere, conſequenter datus tutor, neque liber, neque tutor erit. *§. 1. hic l. 22. ff. de teſtam. tut.* Ratio eſt: quia ſervus abſque conſenſu domini non poteſt fieri liber; atqui errantis nullus eſt conſenſus; *l. 26. ff. de R. I. & l. 15. ff. de Juriſdiction.* ergo.

Dico II. Servum proprium recte teſtamento tutorem dari, & cum libertate, hoc modo: *Davus ſervus meus liber, & tutor eſto.* Et ſine libertate hoc modo: *Davus ſervus meus tutor eſto.* In utroque caſu ſervus accipit libertatem directam, illo expreſſam, hoc tacitam. Licet proinde ſine libertate ſervum tutorem dederit, tacite tamen eam dediſſe cenſetur, conſtituendo ſervum tutorem, quia voluntas debet habere exitum, & qui vult conſequens, debet etiam velle antecedens; *l. 56. ff. de procurat.* atqui ſine libertate nemo poteſt eſſe tutor. *Manz. Inſt. hic.*

Obji. L. 9. Cod. de fideicommiſſ. libert. in qua diſerte ſtatuitur, quod in caſu, quo dominus ſervum tutorem conſtituit ſine libertate, ſervus conſequatur libertatem fideicommiſſariam, ergo falſum eſt, quod conſequatur directam. Sunt, qui inter §. 1. *hic & d. l.*

d. l. 9. antinomiam ſtatuant, ſed male. Dic legem oppoſitam loqui de caſu, quo ſervus proprius tutor datus eſt, ſed vel *in codicillis*, vel *in teſtamento* quidem, aſt *verbis precariis. Vinn. & Ludwell. Inſtit. hic.* fuſius explanantem vide *Manz. Inſt. hic & Hunn. ad Treutl. vol. 2. diſp. 8. th. 2. lit. F. q. 15.*

Dico III. Servum proprium duntaxat pure utiliter tutorem dari: contra inutiliter ſub conditione, *ſi liber erit*; quia dominus intelligitur potius ludere, & jocari, quam ſerio agere; ſi enim ipſum liberum eſſe velit, id in ejus arbitrio eſt, & voluntate. *Manz. hic n. 20.*

Dico IV. Servum alienum utiliter teſtamento tutorem dari ſub conditione: *Si liber erit*, & hujus dationis effectus erit, quod hæres intelligatur a teſtatore rogatus, ut ſi poſſit, ſervum emat a domino, emptum manumittat, & hoc modo viam præbeat ad tutelam. *l. 10. §. 4. & §. fin. ff. de teſtament. tutel.* contra, pure ſervus alienus inutiliter tutor datur. Ratio: quia nemo ſervo alieno libertatem concedere poteſt, invito domino, ne cuiquam auſferatur Jus ſuum, & nemo niſi dominus diſponere de ſtatu ſervi ſui valeat.

§. Furioſis 2.

Q. In hoc §. *An furioſus*, vel *minor 25. annis tutor teſtamento dari poſſit?* Ratio dubitandi conſiſtit in § 13. *Inſt. de excuſat. tut.* ubi dicitur: *Incivile fore, eos, qui alieno auxilio in rebus ſuis administrandis egere noſcuntur, & ab aliis reguntur, aliorum tutelam, vel curam ſubire.*

Verum hac ratione dubitandi non obſtante R. Imperator, furioſum, vel minorem, teſtamento tutorem recte dari, & ita datum perinde haberi, ac ſi datus eſſet ſub conditione, vel die, quo nempe furioſus compos mentis, vel minor 25. annis major factus fuerit. Ceſſante enim cauſa prohibitionis, & impedimenti, neceſſe eſt, ut ea ipſa prohibitio, impedimentumve ceſſet. *arg. l. 79. §. penult. & ult. ff. de legat. 2. & cap. 6. ✠ de appellat.*

Sed quid interim faciendum? R. Interim alius a Magiſtratu tutor datur, qui deſinit ſtatim, poſtquam minor teſtamento datus, majorennis, vel furioſus ſanæ mentis factus fuerit. *§. 1. Inſt. de attil. tut. l. 11. ff. de teſtam. tut.*

Quod ſi minor ejus ætatis foret, ut evadere non poſſet majorennis, ante pubertatem ejus, cui tutor datus eſt, forte quia minor eſt 16., pupillus vero novem annorum, tunc tutoris datio inutilis foret, & locus fieret non tutelæ dativæ, ſed legitimæ. Ita *Bachov. Vin. & Ludwell. Inſt. hic.*

Quæſtio conſurgit. An, ſi minor jam impetraſſet veniam ætatis, an non ſaltem tunc poterit tutor eſſe ante completum 25. annum?

Dixeris, quod ſic. Quoniam major 25. annis poteſt eſſe tutor; ſed minor poſt obtentam veniam ætatis habetur pro majore 25. annis, ergo poterit eſſe tutor. Sed tenendum contrarium. Ita *Hunnold. de J. & J. tract. 4.*

cap. 4. Controv. 2. n. 229. Harp. Inſtit. hic n. 1.

Ratio: quia venia ætatis minoribus ad hoc ſolum conceditur, ut duntaxat de rebus propriis liberius poſſint diſponere, non etiam, ut ad aliena negotia valeant accedere. *l. 2. C. de his, qui ven. ætat. impetr.*

Ratio melior, & efficacior eſt hæc: quia, ut quis poſſit eſſe tutor, requiritur, ut bona ejus poſſint tacite hypothecari pupillo. *l. ult. C. de legit. tut.* Bona enim tutorum ipſo Jure tacite obligantur pupillo pro officio adminiſtrationis; *l. 20. C. de administ. tut.* atqui bona minorum etiam poſt obtentam veniam ætatis non obligantur hoc modo; ſed, ut taliter obligentur, neceſſaria eſt interpoſitio decreti Judicis; *l. 3. C. de his, qui ven. ætat.* ergo &c.

Ad rationem dubitandi R. Minorem, qui veniam ætatis obtinuit, non ſimpliciter, & per omnia haberi pro majorenni, ſed in certis caſibus a lege expreſſis. *d. l. de his, qui ven. ætat.* Concordat N. Oe. neue Gerhabſchafts-Ordnung. *tit. 16. §. 3.* Wann der Lands-Fürſt auf Vernehmung des Gerichts einen Pupillen vor ſolcher Zeit veniam ætatis ertheilt; iſt doch der geweſte Pupill nicht befugt, vor erlangter Vogtbarkeit von ſeinen liegenden Güthern, oder da deſſen meiſtes Vermögen in Barſchafts-Capitalien, oder anderen koſtbaren Mobilien beſtunde, etwas merckliches, ohne Vorwiſſen der Obrigkeit, auch unterm Vorwand eines Recompens, zu verſchencken, oder ſonſten zu veralienirén, oder zu verſchwenden.

§. Ad certum 3.

6 Tutor non tantum pure, ſed etiam ſub conditione ad certum tempus, vel ex certo tempore in teſtamento recte datur; ſub conditione hoc modo: *Si Cæſar Turcam vicerit, Titius tutor eſto.* Ad certum tempus hunc in modum: *Titius tutor eſto uſque ad tres annos.* Ex certo tempore taliter: *Titius poſt annum a morte mea tutor eſto.* Ratio hujus eſt: quia lex adeo confidit de paterno conſilio, ut quo modo liberis ſuis proſpexerit, ratam habeat ipſius voluntatem. Ut autem pupillus interea non maneat indefenſus, pendente conditione, vel die, ſuccurrit illi Judex, vel Magiſtratus, ſupplens factum teſtatoris, defectumque temporis, aut conditionis, tutore interim alio a ſe dato.

Dices: Tutor legitimus & dativus neque ſub conditione, neque ad tempus, neque ex tempore dari poteſt; 7
l. 6. §. 1. ff. de tutel. ergo neque teſtamentarius. R. *conc. ant. neg. conſ.* Ratio differentiæ eſt: quia tutela dativa, & legitima ſunt actus legitimi, qui diem, vel conditionem non recipiunt. *L. 77. ff. de R. J.*

Ratio alia: quia, ſi pater teſtamento ſub conditione, vel ex certo tempore tutorem dat, tunc poteſt Magiſtratus interea vel poſtea de alio tuto-

tore providere. *Trentl. vol. 1. diſp. 8. th. 2. lit. l.* Si autem Magiſtratus ſub conditione tutorem daret, nemo eſſet, qui defectum iſtum ſuppleret. *Morr. & Harp. hic.*

Ad verſ. Vel ante.

Q. In hoc, *An ante inſtitutionem hæredis tutor dari poſſit?*

Ratio dubitandi eſt: quia legata, & tutelæ datio in multis æquiparantur; ſed de Jure antiquo legata ante hæredis inſtitutionem fieri non poterant; §. 35. *Inſt. de legat.* ergo.

Verum, cum legata hodie, & ante, & poſt hæredis inſtitutionem relinqui poſſint, *d.* §. 35. ideo & tutelæ datio & ante & poſt hæredis inſtitutionem recte fit.

§. Certæ 4.

8 Certæ rei, vel cauſæ tutor dari non poteſt, v. g. hoc modo: *Titius tutor eſto fundi Tuſculani, vel ejus litis, quam habeo cum Sempronio.* Ratio eſt in textu: quia tutor perſonæ datur, non rei; cum itaque perſona diviſionem non recipiat, conſequenter neque bona, ut acceſſorium ſequatur ſuum principale. Plane, ſi pupilli utilitas exigat, ut tutor certæ cauſæ, & rei detur, forte, quia pupillus patrimonium habet tam amplum, tam diffuſum, atque diſperſum, ut unus bonis omnibus adminiſtrandis non ſufficiat, ſuſtinetur datio, qua unus negotiis hujus provinciæ, alter negotiis provinciæ alterius præponitur, quo ipſo tamen caſu non tam tutela, quam adminiſtratio cenſetur diviſa, *l. 15. ff. de teſtam. tutel. l. 27. ff. de tut. & curat. dat. Franz. Inſt. de tutel. n. 7. Brunnem. ad d. l. 15.* ubi datio tutorum valet, qua unus rei Africanæ, alter rei Syriacæ, vel Romanæ datus eſt. Concordat N. Oe. Gerhabſchafts-Ordnung. *tit. 4. §. 2.* Es können ein, zwey, oder mehr Gerhaben verordnet werden, nachdem das Pupillen Vermögen beſchaffen, oder wann weit voneinander entlegen iſt, 2c.

§. Si quis fin.

9 Q. *Quibus perſonis ex vi verborum cenſeatur tutor teſtamento datus?*

℞. I. Si teſtator filiis, vel filiabus tutores dederit, præſumitur etiam poſthumæ, vel poſthumo dediſſe. *l. 5. ff. de teſtam. tut.* Ratio additur in textu: quia filii, vel filiæ appellatione etiam poſthumus, & poſthuma continentur, & poſthumi in favorabilibus pro jam natis habentur. *l. 7. ff. de ſtat. homin.*

℞. II. Si quis filiis tutorem dederit, 10 nepotes non includuntur. Ratio eſt in textu, & *l. 6. ff. de teſtam. tut.* Aliter enim filii, aliter nepotes appellantur,

T ſi-

filius enim ille dicitur, qui ex te, & uxore tua natus eſt, nepos, qui ex filio tuo.

Dices: Appellatione filiorum etiam nepotes continentur; *l. 201. ff. de V. S.* ergo &c. R. aut procedere, ſi ſit juſta ratio extendendi, & voluntas diſponentis, vel æquitas id ſuadeat. Noſtro autem caſu non eſt juſta ratio recedendi a proprietate verbi; cum nepotes, ſi non habent tutorem a teſtatore, facile poſſint habere a lege, vel Magiſtratu. *Mont. hic n. 4.*

11 ℟. III. Si quis liberis ſuis tutorem dederit, nepotibus quoque dediſſe intelligitur; quoniam liberorum appellatione etiam nepotes, & cæteri deſcendentes continentur. *l. 220. ff. de V. S. Mynſing. n. 3.*

℟ IV. Si quis poſteris tutorem dederit, tunc omnes indiſtinctè liberi continentur, *arg. l. 13. §. 1. ff. de legat. 3.*

℟. V Si quis filiis tutorem dederit, filiabus quoque dediſſe cenſetur; maſculinum enim comprehendit fœmininum. *l. 1. ff. de V. S. l. 116. ff. eod.* Aliud longe aſſerendum, ſi filiabus tutor datus ſit; hoc enim caſu filii neutiquam comprehenduntur, ſiquidem exemplo peſſimum foret fœminino vocabulo maſculos contineri; *l. 45. ff. de legat. 2.* quoniam veteres mollem, & enervatum virum vocabulo fœminino nominarunt, *Brunnem. in d. l. 45.*

TITULUS XV.

De legitima agnatorum tutela.

SUMMARIA.

1. *Agnatus quis dicatur.* 2. *Item quis cognatus.* 3. *Agnationis, & cognationis differentia hodie ſublata eſt.* 4. *Mulieres a tutela removentur.* 5. *Mater poteſt eſſe tutrix.* 6. *Tutela legitima quando locum habeat.* 7. *Agnatio quibus modis ſolvitur.*

Dictum eſt, tres eſſe ſpecies tutelæ: *teſtamentariam, legitimam, & dativam.*

Hucuſque diſpeximus, quid ſit teſtamentaria: ſequitur, quid ſit tutela legitima, quæ IV. ſub ſe ſpecies continet, puta *legitimam Agnatorum, Patronorum, Parentum, & fiduciariam tutelam.*

Ad Princip.

Si nullus teſtamento tutor datus eſt, aut datus deceſſerit, lex XII. *Tab.* proximis agnatis tutelam impuberis defert; ratio eſt in *L. 1. ff. de legit. tutor.*

tor. ubi dicitur ſumma providentia ſtatutum eſſe, ut, qui ſperarent ſucceſſionis commodum, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur: & ſecundum naturam eſt, ut commoda ſequantur eum, quem ſequuntur incommoda *L. 10. ff. de R. I.* Concordat R. Oe. neue Gerhabſchafts-Ordnung. *tit. 3.* §. 1. ubi commodo ſucceſſionis privantur, qui ſine juſta cauſa legitimam tutelam in ſe ſuſcipere detrectant Und da ſie ſich ohne erhebliche Urſach deſſen weigerten, ſo ſollen ſie für ihre Perſon die Anwartung zu des Pupillen Erbſchaft verfallen, doch deren Erben deſſen nichts zu entgelten haben.

§. Sunt autem 1.

1 *Agnati* dicuntur, qui per virilis ſexus cognationem conjuncti ſunt, veluti *fratres ex eodem patre nati*, *frater, filius, nepotve ex eo.* Item *patruus, patruelis*, & cæteri omnes, qui eadem inſignia, & eandem familiam nobiſcum
2 habent. *Cognati* ſunt, qui per fœminini ſexus perſonas cognatione junguntur, v. g. *filius ſororis meæ*, *filius amitæ meæ*, item *avunculus*, *frater uterinus*, *& conſobrinus.*

Olim lex XII. *Tab.* ſolos agnatos ad tutelam vocabat, eo, quod in delatione tutelæ ſecuta ſit eos, qui ab inteſtato hæreditatem ſperabant; *l. 73. ff. de R. I.* atqui agnati in ſucceſſione ab inteſtato excludebant cognatos; ergo primo loco lex XII. *Tab.* eis tutelæ onus deferebat.

3 Verum hodie omnis differentia agnationis, & cognationis, tam quoad ſucceſſionem ab inteſtato, quam quoad tutelam ſublata eſt, & tam agnati, quam cognati æqualiter non ad ſucceſſionem duntaxat, ſed & ad tutelam admittuntur. *Auth. ſicut hæreditas. Cod. de legit. tutel.*

Unde Jure novo ſine ullo diſcrimine agnationis, & cognationisis, qui proximus eſt, ſive cognatus, ſive agnatus ſit, legitimus tutor eſt, *d. auth. & Nov. 118. cap. 5.* Quod, ſi plures ſint agnati, vel cognati ejusdem gradus, omnes ſimul ad tutelam vocantur. *l. 9. ff. de legit. tut.* Si tamen tot forte agnati, & cognati ſimul concurrant, ut non expediat a tam multis tutelam adminiſtrari, tunc Judex magis idoneo adminiſtrationem decernet, periculo tamen omnibus imminente, qui ad tutelam vocati ſunt, & bonis ipſorum tacite pro ſecuritate adminiſtrationis obligatis. *d. Nov. 118. cap. 5. Brunnem. tract. de tut. tit. 4. n. 13. Schneid. Inſt. hic n. 19.* Sed quod de periculo omnibus imminente dicitur, non putat obſervari Jure noſtro, nec eorum bona tacite obligari, qui non dati ſunt tutores. *Brunn. in d. auth. ſicut hæreditas.*

Dices: Ex hactenus dictis ſequitur, 4
quod ad tutelam etiam fœminæ, v. g. *ſoror*, *amita*, *fratris filia*, admittendæ ſint, cum & hæ agnatæ ſint. R. Mulieres ex alio capite ab officio tutelæ removeri; tametſi enim agnatæ, aut cognatæ ſint, ad tutelam tamen non admittuntur; quoniam officium tuto-

ris publicum, & virile eſt; mulieres autem ab omnibus officiis publicis abſtinere debent. *l. 2. ff. de R. I. & L. 1. Cod. quando mulier. Mant. n. 5. hic.*

5 Excipitur ſola mater, quæ ſi velit, admittitur ad tutelam legitimam liberorum ſuorum, excluſis omnibus a latere conjunctis. *Nov. 22. cap. 40. Nov. 94. cap. 1.* Tenetur tamen renuntiare beneficio Senatus-conſulti Vellejani, & ſecundis nuptiis, ſuaque inſuper obligare bona, *l. 3. Cod. quand. mulier tut. off. Franz. Inſt. h. t. n. 2.* De Jure Auſtriaco ita obtinet. Iſt der Kinder leibliche Mutter noch im Leben, ſo gebühret ihr, wann ſie die Vergerhabung der Kinder begehrt, und ſonſten kein Bedencken wider ſie verhanden, dem alten Herkommen nach, die Ober-Gerhabſchaft, doch ſollen derſelben vom Gericht aus, neben ihrer Beſtättigung jederzeit ein- oder zween unverdächtige, und verſtändige Mit-Gerhaben aus der Freundſchaft, oder ſonſten zugegeben werden, welche neben ihr, ſowohl die Gerhabſchaft zu verwalten, als auch die Raitung zu führen haben. N. Oe. Gerhabſchafts-Ordnung. *tit. 3. §. 2.*

§. Quod autem 2.

6 Q. hic: *Quando tutela legitima locus ſiat?* R. Si quis pater mortuus ſit inteſtatus, qualis hic non ille duntaxat intelligitur, qui omnino non, vel teſtamentum invalidum fecit, ſed ille quoque, qui in teſtamento tutorem non dedit, vel ſi datus tutor mortuus, aut aliter inhabilis factus ſit.

§. Sed agnationis ſin.

7 Q. In hoc §. *Quibus modis Jus agnationis, conſequenter legitima tutela, quæ agnatis defertur, ſinitur, aut tollitur.* R. quod agnatio (h. e. illa prærogativa, qua agnati præferuntur cognatis in ſucceſſionibus, & tutelis) qualibet capitis diminutione tollatur. Maxima, & media, quia per eam quis tollitur e numero civium Romanorum, adeoque redditur incapax civilis officii, quale eſt tutela. Minima v. g. arrogatione, emancipatione, quia mutatur familia, conſequenter perditur Jus agnationis, *text. hic & l. 7. ff. de capite minut.*

Cognatio minima capitis diminutione (an maxima, vel media, videbimus *ſeq. tit.* § 6.) non perimitur. Ratio differentiæ eſt, quia agnatio eſt Juris Civilis, cognatio vero Juris naturalis. *L. 10. §. inter agnatos ff. de grad.* Et capitis diminutio eſt etiam Juris Civilis, *l. 8. ff. de capite minut.* quare agnatio, utpote civilis, per capitis diminutionem pariter civilem tollitur: cognatio utpote naturalis non item; quia civilis ratio civilia quidem Jura corrumpere poteſt, naturalia vero non etiam *l. 8. ff. de R. I. Mynſing. §. pen. de cap. diminut.*

Ho-

Hodie, poſtquam ſublata eſt differentia inter agnatos, & cognatos, *Nov. 118. cap. 5. & auth. ſicut hæreditas de legit. agnat. tutel.* minima capitis diminutione tutela legitima non permittitur, adeoque frater emancipatus ad tutelam liberorum fratris ſui haud aliter, quam ad ſucceſſionem admittitur. *Mont. n. 6. & 7. hic. Harp. n. 5.*

TITULUS XVI.

De capitis diminutione.

SUMMARIA.

1. *Capitis diminutio quid? &* 2. *Quotuplex ſit.* 3. *Quid ſit maxima.* 4. *Quid media.* 5. *Quid minima.* 6. *Cognatio maxima, & media capitis diminutione ſollitur.*

Ad Princip.

Q. In hoc principio, quid, & quotuplex ſit capitis diminutio?
1 Ad l. ꝶ. *Imperator*, quod *capitis diminutio ſit prioris ſtatus mutatio.* Ubi tamen ſciendum, quod caput hic non accipiatur pro capite naturali, ſed metephorice pro ſtatu, ſeu conditione hominis. Unde Thomas Morus Angliæ Cancellarius dicere conſuevit: *Capite quis minui poteſt, etiamſi non lædatur.* Cum vero ſtatus, ſive conditio hominis ſit qualitas perſonæ, conſiſtens in tribus, ideo ꝶ. ad ꝶ. quod capitis diminutio triplex ſit: *maxima, media, & minima.*

§. Maxima 1.

2 *Maxima* capitis diminutio eſt, quando quis amittit omnia tria, libertatem, civitatem, & familiam, quod fit, cum quis per ſententiam capitalem ad mortem condemnatur, ſiquidem is ſervus pœnæ efficitur. Item quando major 20. annis ad participandum pretium ſe venundari paſſus eſt, & quando libertus propter ingratitudinem condemnatur, & in ſervitutem redigitur. *text. hic.*

Hodie de Jure novo damnati ad 3
ultimum ſupplicium pœnæ ſervi non efficiuntur. *Nov. 22. cap. 8. & auth. ſed hodie de donat. inter vir. & ux.* Et tametſi aliqui iſtam Novellam de eo duntaxat caſu intelligant, quo quis ad metallum, vel triremes condemnatus eſt; *Mynſing. hic n. 1. & 2. Weſenb. n. 4. Gomez. ad leg. Taur. 4. n. 2.* magis tamen arridet eorum dogma, qui illam Novellam ad omnes indiſtin-

ĉte damnatos extendunt, eo, quod Novella generaliter his verbis ſanciat: *Nullum ab initio bene natorum ex ſupplicio permittimus fieri ſervum. Confer. Hunn. ad Treutl. vol. 2. diſp. 31. th. 6. q. 52. Harp. hic n. 7. Carpz. quaſt. 125. n. 4.* ubi ait, delinquentes ad mortem condemnatos, nequaquam ſervos pœnæ effici, nec facultatem contrahendi, teſtandi, aliaque Jura civibus Romanis competentia amittere.

§. Minor 2.

4 *Media* capitis diminutio eſt, quando quis libertatem retinet, civitatem vero, & familiam amittit; quod contingit illi, cui aqua, & igni interdictum eſt, h. e. qui privabatur communione aquæ, & ignis, quæ pœna vix non eadem cum pœna mortis fuit; horum enim elementorum uſu in hac vita nemo carere poteſt.

§. Minima 3.

5 *Minima* capitis diminutio eſt, cum libertas, & civitas retinetur, familia autem mutatur, idque fit per arrogationem, ubi arrogatus, qui erat ſui Juris, alieno Juri, & poteſtati ſubjicitur. Item per emancipationem, quia hoc caſu filius fit ſui Juris, incipiens habere propriam familiam.

§. Servus 4.

Servus manumiſſus e ſervitute capitis diminutionem non patitur, quia ante caput civile non habuit, ſed id primo per manumiſſionem acquirit. *Mont. hic.*

§. Quibus autem 5.

Q. *An conſtitutus in dignitate patiatur capitis diminutionem, ſi ea privetur, & dignitatem amittat?* ℞. negative; quia neque libertatem, neque civitatem, neque familiam amittit, ut ſic non ſtatum, ſed dignitatem mutet.

§. Quod autem 6.

Diximus ad §. *fin præced. tit.* quod cognatio minima capitis diminutione non perimatur.

6 Q. hic, *an maxima vel media ſolvatur?* & ℞. quod ſic, Jure enim Civili non habetur ulla ratio cognationis in eo, qui cœpit eſſe ſervus, vel peregrinus. *Perez. inſt. hic.* Quoniam capitis diminutio maxima, & media morti aſſimilatur. *l. 63. §. ult. ff. pro ſocio. l. 209. ff. de R. I. Harp. n. 2. hic.*

Non obſtat *l. 8. ff. de R. I.* ubi dicitur, Jura ſanguinis nullo Jure Civili dirimi, aut immutari poſſe. ℞. enim: Jura ſanguinis cognationis dupliciter accipi. 1. *Naturaliter*, h. e. pro eo Jure, in quo ſola ſanguinis conjunctio ſpectatur. II *Pro Jure, quod cognatis* pro-

propter cognationem Jure Civili defertur I. Senſu, ſi Jus ſanguinis accipiat, nullo Jure Civili dirimi, aut immutari poteſt, ut ecce! Jus Civile efficere non poteſt, ut, qui pater eſt, pater eſſe deſinat, qui frater, deſinat eſſe frater; ut nuptiæ inter patrem, & filiam, fratrem, & ſororem conſiſtant. II. Senſu acceptum Jus cognationis poteſt certis perſonis adimi; ut ecce! Jus Civile poteſt efficere, ut filius patri, frater fratri certo caſu non ſuccedat, aut ad bonorum poſſeſſionem, unde liberi, aut unde cognati, vocetur. Hæc enim Jura, licet naturalia recte dicantur (quia nimirum propter cognationem naturalem competunt) cum tamen inter cives tantum inſtituta ſint, etiam ad Jus Civile ſuo modo referuntur. *l. 17. § 1 ff. de pœn.* Unde fit, ut etiam civili conſtitutione, h. e. capitis diminutione perimantur, ita ſolide diſcurrit *Vinn. Inſt. hic n. 1.*

§. Cum autem ſin.

Quid, ſi plures ſint agnati, ad quos pertinebit tutela? R. ad eos, qui proximiores ſunt in gradu; naturale enim eſt, ut, qui in emolumentis habent prælationem, ſint & in oneribus ſuſtinendis anteferendi.

Quod ſi plures ejusdem gradus ſint agnati, ad omnes ſimul tutela pertinebit, ejus tamen adminiſtratio maxime idoneo a Judice decernenda eſt; ita tamen, ut non eo minus ad reliquos ſpectet periculum tutelæ, ſi male adminiſtrantem removeri a tutela non curaverint. *Perez. Inſt. hic. Harp. hic n. 2.*

TITULUS XVII.

De legitima Patronorum tutela.

SUMMARIA.

1. *Quid ſit legitima Patronorum tutela.* 2. *Unde deſcendat.*

1 Dictum ſupra fuit IV. eſſe ſpecies tutelæ legitimæ. Primam diſcuſſimus, ſubjicitur modo II. ſpecies, quæ vocatur *legitima Patronorum tutela*, cujus caſus eſt: ſi quis dominus ſervum impuberem manumittat, & is tutore indigeat, tunc tutela non quidem ex verbis, ſed ex mente legis defertur Patrono, ejusque liberis. *text. hic* Dicitur *ex mente legis*, quia in L. XII. *Tab.* nihil expreſſe, aut diſertis verbis diſpoſitum, cautumque fuit, atque adeo 2 propter identitatem rationis, ob quam agnati ad tutelam vocantur, Patronus ejusque liberi ad tutelam libertorum conſtringuntur; cum ibi debeat eſſe tutelæ onus, ubi eſt ſucceſſionis emolumentum. *l. 1. ff. de legit. tutor. & l. 10. ff. de R. J.*

TITU-

TITULUS XVIII.

De legitima parentum tutela.

SUMMARIA.

1. *Caſus legitimæ parentum tutelæ.* 2. *Introducta eſt ad exemplum Patronorum tutelæ.*

1 TErtia legitimæ tutelæ ſpecies eſt *tutela parentum*, pro qua figuratur iſte caſus: Pater filium ſuum impuberem emancipat, & emancipatus tutore opus habet. Unde pater legitimus ejus tutor erit, non ex verbis, neque ex mente legis, ſed ad exemplum Patroni.

Dico I. *Non ex verbis*: quia lex XII. *Tab.* de agnatis duntaxat ait: Pater autem filio emancipato agnatus eſſe deſinit, utpote agnatione per minimam capitis diminutionem ſublata. *Harp. n. 2 hic.*

Dico II. *Neque ex mente legis*: quia pater olim ad ſucceſſionem liberorum emancipatorum non admittebatur, ſicut Patronus ad ſucceſſionem liberti, *Menz. n 5.*

Dico III. *Sed ad exemplum Patroni*: 2
pater enim, qui emancipat filium, comparari ſolet Patrono manumittenti ſervum. §. 6. *Inſt. quib. mod. Jus pat. poteſt. ſolv. Harp. n. 1. hic.*

TITULUS XIX.

De fiduciaria tutela.

SUMMARIA.

1. *Tutela fiduciaria cui defertur? Illa ab uſu receſſit.*

1 FIduciaria tutela eſt, quæ defertur I. Patri in filium ſuum impuberem ab avo emancipatum. II. Fratri in fratrem a patre emancipatum. III. Patruo in patruelem a fratre emancipatum. Jure novo, quia omnis differentia inter agnatos, ac cognatos ſuos, & emancipatos, quoad legitimas ſucceſſiones & tutelas, ſublata eſt, *Nov. 118. cap. 5.* nulla amplius eſt tutela fiduciaria, nulla parentum alia, quam agnatorum; ſed una tutela legitima, ad quam cognati non minus, quam agnati admittuntur, eo gradu, ac ordine, quo ad ſucceſſionem. *Perez. Menz. & Schneid. hic.*

TITU-

TITULUS XX.

De Attiliano Tutore, & eo, qui ex lege Julia, & Titia dabatur.

SUMMARIA.

1. Tutela dativa definitur 2. 3. 4. 5. & 6. Quando locum habeat? 7. Qui veniant in inquiſitionem tutoris? 8. Tutela datio eſt actus Jurisdictionis.

CONNEXIO.

1 POſtquam lanci appendimus tutelam teſtamentariam, & legitimam, ſequitur tertia tutelæ ſpecies, quæ *dativa*, ſeu *honoraria* appellatur, eamque definire poſſis, quod ſit ea, quam Magiſtratus tutore teſtamentario, & legitimo deficiente defert. *a Someting. Inſt. hic n. 1.*

Ad princip.

Q. hic: Quomodo proſpectum ſit pupillo, ſi pater ejus nullum ei in teſtamento tutorem aſſignaverit, vel ſi nullus ex
2 conſanguineis adſit? R. quod tunc pupillo a Magiſtratu tutor dandus ſit, qui vocatur tutor dativus *text. hic.* Concordat N. Oe. neue Gerhabſchafts-Ordnung. *tit. 4. §. 1.* Olim tutores in urbe a Prætore, in provinciis vero a Præſidibus dabantur. Hodie quilibet Magiſtratus vi ſuæ juriſdictionis tutorem dare poteſt. *Receſſ. Imper. de anno 1577. tit. 3.*

§. Sed etſi 1.

De caſu, quo nullum omnino tutorem habet pupillus, jam breviſſime dictum eſt: ſequitur modo, quid Juris in caſu, quo ex teſtamento quidem tutorem habet, ſed impeditum? R. tunc etiam tutorem dativum aſſignandum eſſe. *text. hic.* Recenſetur autem IV. caſus, quibus tutor teſtamento datus, tutor eſſe impeditur.

3 I. Caſus eſt, ſi tutor teſtamento datus ſit ſub conditione, *juxta §. 2. Inſt. qui teſtam. tut. dar. poſſ.* Hoc caſu, ne pupillus maneat indefenſus, alius interim ei tutor a Magiſtratu conſtituitur. Sed cur legitimus non admittitur? R. Ideo, quia quamdiu tutela teſtamentaria ſperatur, legitimæ non eſt locus. *l. 11. ff. de teſtam. tut. Monz. n. 4.*

II. Caſus eſt, ſi tutor in teſtamento datus ſit ex certo die: puta, ut 4
poſt biennium tutor ſit. Hoc in caſu medio tempore, dum tranſit biennium, dativus tutor ſubſtituitur; ratio eſt eadem, ne pupillus interim indefenſus, & multorum inſidiis expoſitus maneat. *l. 8. §. 1. ff. de teſtam. tutel. Harp. hic n. 1.*

5 III. Caſus eſt, quo tutor teſtamento datus ideo tutor eſſe non poteſt, quia hæres inſtitutus diu non adit hæreditatem, ſed deliberat, num adire velit, nec ne? Hoc in caſu interea pupillo datur tutor dativus, qui deſinit eſſe tutor, ſi poſtea hæres hæreditatem adierit. *Manz. n. 5. Schneid. n. 3.*

§. Ab hoſtibus 2.

6 IV. Caſus eſt, ſi tutor teſtamento datus, captus eſt ab hoſtibus, tunc enim, donec ex captivitate revertatur, medio tempore alius a Magiſtratu tutor ſubrogatur, qui tutor eſſe deſinit, ſi captivus in civitatem reverſus fuerit, quo in caſu omnia Jura, adeoque etiam tutelam Jure poſtliminii recipit. §. *5. Inſt. quib. mod. pat. poteſt. ſolv.*

§. Sed ex his 3.

Dictum eſt, olim Jus dandi tutorem in urbe pertinuiſſe ad Prætorem, in provinciis vero ad Præſides, idque ex conſtitutione legis Attiliæ, & legis Juliæ, & Titiæ. Jam Imperator hic explicat ſecundum Jus, ſeu tempus, quo licentia dandi tutores pertinuit ad Conſules, ad Prætores, qui tutores non ſimpliciter, ſicuti ex lege Attilia, Julia, & Titia dabantur, conſtituerunt, ſed I. debebant cautionem præſtare, rem pupilli ſalvam fore. II. Poterant compelli, puta remediis Prætoris, mulcta, authoritate Prætoria, ad ſuſcipiendam tutelæ adminiſtrationem, quæ duo capita de Jure primo non obtinebant. *Juſt. Manz. hic. Harp. n. 2.*

Porro *tutores dativi*, ait textus, *cum inquiſitione dari ſolent.*

7 Q. *Quid veniat in inquiſitionem?* R. a Magiſtratu IV. inquirenda eſſe. I. An tutor dandus ſit vir bonus, honeſtus, & integræ, ac probatæ vitæ? tutor enim primario datur perſonæ, ne proinde pupillus malis moribus imbuatur, bonus ei tutor dandus erit; trahuntur enim, ait Seneca, a converſantibus mores.

II. An ſit locuples, ne detur occaſio graſſandi in bona pupilli.

III. An ſe ipſum intrudat, qualis ſuſpectus eſt. *l. 21. §. fin. ff. de curat. bon. dat.*

IV. An tutelam pecunia ambierit, qui longe magis foret ſuſpectus. *d. l. 21. Vinn. Inſt. hic. Manz. n. 6.* Concordat Jus Auſtriacum *loc. cit.* §. 2. Die Tauglichkeit der Gerhaben beſtehet in deme, daß ſie ehrlich, verſtändig, gewiſſenhaft, und da es anderſt füglich ſeyn kan, vermöglich, und Angeſeſſene, auch der Obrigkeit, welche ſie verordnet, wenigſt der Gerhabſchaft halber unterworffen ſeyen, und da ſie ſonſt einer anderen Inſtanz untergeben, ſich derſelben dißfalls verzeihen, wie dann abſonderlich keiner, der ſich ſelber einzudringen begehret, oder denen Pupillen ein Namhaftes ſchuldig, zu verordnen iſt.

Dices: Tutores ex inquiſitione dati cautione non onerantur, quia inquiſitio loco cautionis eſt, *l. 13. ff. de tutel. & curat.* ergo male hic de cautione exigenda a tutoribus ſubjicitur. R. Tutores ex inquiſitione datos quidem

Digitized by Google

dem onerari cautione fidejuſſoria, bene vero illa, quæ per nudam ſtipulationem, qua rem pupilli ſalvam fore promittunt, perficitur. *Schamb. verſ. dices hic.*

§. Sed hoc Jure 4. & §. Nos autem 5.

8 Quandoquidem hodie tutoris datio eſt jurisdictionis ordinariæ, h. e. quilibet Magiſtratus tutorem dare poteſt, & debet, hoc ipſo, quod Magiſtratus ſit, *ord polit. de anno 1577. tit. 32.* ideo operam ludunt, qui circa hos duos § § diu ſe detinent.

§. Impuberes 6.

Reddit Imperator hic rationem, quare tutela introducta ſit, ideo nimirum: quia naturali Juri ac rationi conveniens eſt, ut, qui perfectæ ætatis non ſunt, alterius tutela regantur. Ex quo ſua ſponte fluit, tutelam ſaltem quoad originem Juris naturalis eſſe. *Harp. hic d. 2. & 4. Vinn. hic.*

§. Cum ergo fin.

Q. hic: *Ad quid tenentur tutores?* ℞. Imperator, quod finita tutela ſuæ adminiſtrationis teneantur rationes reddere. *L. 1. §. ult. & L. 4. ff. de tut. & rat. diſt.*

Dixi, *finita tutela*, ubi obſerva; quod licet de Jure communi a tutoribus, non niſi tutela finita, rationes ſuæ adminiſtrationis exigi poſſint, de Jure tamen Auſtriaco tutores ſingulis annis, etiam non moniti, ſuæ adminiſtrationis Magiſtratui, cujus Jurisdictioni pupillus ſubjectus eſt, teddere tenentur, niſi pater pupilli per ultimam voluntatem eos ab onere rationum exemerit. N. Oe. neue Gerhabſchaffts-Ordnung, *tit. 7. §. 1.* quæ conſtitutio utique magna ratione nititur, ut nimirum tutores, qui male adminiſtrant, quantocyus removeantur.

TITULUS XXI.

De authoritate tutorum.

SUMMARIA.

1. Tutor non debet prius adminiſtrationem ſuſcipere, quam ei a Magiſtratu decreta ſit. 2. Inventarium conficere tenetur. 3. Idem idoneam cautionem præſtare. 4. Nec non ſollicitam curam pupillorum gerere. 5. Tutor res pupillares an, & quales alienare poſſit. 6. Reſſervando ſervabilis quæ dicantur. 7. In quibus cauſis authoritas tutoris neceſſaria ſit. 8. Si pupillus ſine authoritate tutoris contrahit, contractus dicitur claudicare. 9. An tutor honorarius pupillo author fieri poſſit? ſolvuntur argumenta contraria. 10. An pupillus ſine tutoris authoritate poſſit adire hæreditatem. 11. Et quid, ſi hæreditas ſit opulenta. 12. Quando tutoris authoritas adeſſe debeat.

U 2 CON-

CONNEXIO.

SAtis de tutela in genere & ſpecie; tempus eſt, ut de officio tutorum tractemus, quod præcipue conſiſtit in præſtatione authoritatis, de qua priusquam agamus, lubeat hic in veſtibulo reliqua, quæ etiam ad tutoris officium ſpectant, enumerare: ubi omiſſo Jure antiquo videbimus, quid de Jure noviſſimo Imperii, & Auſtriæ noſtræ ad tutoris officium deſideretur.

1 Requiritur autem I. ut tutor, quiscunque ille ſit, *teſtamentarius, legitimus,* ſive *dativus*, adminiſtrationem rerum pupillarium non ante ſuſcipiat, quam a Magiſtratu eidem decreta fuerit *Ord. Imper. polit. de anno 1577. tit. 32. §. 1. Struv. ad Pand. exercit. 30. th. 29.* Concordat Jus Auſtriac. *loc. cit. tit. 10.* § 1 Es hat ſich niemand einer Gerhabſchaft anzumaſſen, ehe und zuvor ihme von der Obrigkeit ein Gerhab-Brief, oder andere Verordnung zukommen.

2 II. Requiritur, ut poſt decretum interpoſitum decurrat protinus ad confectionem inventarii *d. Ord. Imper. polit. §. 3. concordat Jus Auſtriac. loc. cit. tit. 8.* § 2 Iſt er nun der erſte Gerhab, ſolle er alſobalden vom Gericht ein Inventarium, oder treu- und eigentliche Beſchreibung aller des Pupillen Haab- und Güther, Ligendes und Fahrendes, nichts ausgenommen, aufrichten laſſen, und demſelben nach des Pupillen Guth übernehmen. Et hæc confectio inventarii adeo eſt neceſſaria, ut tametſi defunctus per ultimam voluntatem eam fieri prohibuerit, nihilominus tamen non debeat omitti; imo omittens, tanquam ſuſpectus, a tutela removendus ſit. *d. conſt. Auſt. §. 6. & 7.*

III. Ut idoneam cautionem præſtet, rem pupilli ſalvam fore, &

IV. Ut juramentum præſtet, quod utilitati pupilli omni meliori modo providere, & tutelam fideliter adminiſtrare velit. *d. Ord. Imper. polit.* § 3. 3

De Jure Auſtriaco, qui bona habent immobilia, neque cautionem, neque juramentum ratione tutelæ fideliter gerendæ præſtant, ſecus illi, qui nulla habent in Auſtria bona immobilia. N. Oe. Gerhabſchafts-Ordnung. *tit.* 7. § 3.

V. Ad officium tutoris requiritur, ut ſollicitam pupillorum curam agat, eos paterno affectu proſequatur, ab injuria defendat, & in diſciplina, timoreque Domini educet. Præterea alimenta pro conditione ſtatus iisdem decernat, facultates a parentibus relictas illis conſervet, & augeat potius, quam conſumat, denique id omne faciat, quod exigit officium boni, & probati viri. Quemadmodum enim ſacræ paginæ multa in favorem orphanorum decernunt, ita graviſſima comminantur illis, qui pupillos lædere, vel contemnere perperam auſi fuerint. *Viduæ, & pupillo,* inquit Dominus *Exod. 22. non nocebitis: ſi læſeritis eos, vociferabuntur ad me, & ego audiam, percutiamque vos gladio, & erunt uxores veſtræ viduæ, & filii veſtri pupilli.* Tam grave nimirum, & periculoſum eſt officium tutorum, ut *Tholoſan. Syntag. Jur. lib. 11. cap. 6. n. 1. diſerte prolo-* 4

quu-

putat eos, qui memoriam DEI habent, difficulter ad tutelam accedere. Confer. *Illuſtr. L. B. & Nob. D. ab Andlern Juriſprud. quæ publ. privat. lib. 2. tit. 1. p. 1. n. 9. & 10.*

5 Q. I *An tutor res pupillares alienare poſſit?* R. adminiculo diſtinctionis: vel enim res ſunt mobiles, vel immobiles. Res immobiles tutor alienare non poteſt, niſi juſta cauſa ſubſit, & ſolenne decretum Judicis, nec non cauſæ cognitio interveniat. *l. 6. l. 12. l. ult. Cod. de præd. & aliis reb. minor. Perez. Inſt. h. t. §. 4. n. 6.* Concordat Jus Auſtr. *loc. cit. tit. 11. §. 2.* Wie ſie dann einiges liegendes Guth, und Grundſtuck ohne der Obrigkeit Erkanntnuß, und Bewilligung zu verkauffen, oder auf einigerley Weiß zu veräuſſeren nicht Macht haben, es wäre dann, ꝛc.

6 Res mobiles ſunt vel ſervando ſervabiles, v. g. *aurum, argentum, gemmæ, monilia, torques, bibliotheca, &c.* vel ſervando non ſervabiles, puta, *veſtes, frumentum, vinum, oleum, &c.* Res prioris generis tutor alienare non poteſt ſine decreto Judicis. *l. 22. Cod. de adminiſt. tut. Brunnem. ibid.* Res poſterioris generis tutor libere alienat. *d. l. 22.* N. Oe. neue Gerhabſchaffts-Ordnung. *loc. cit. § 3. & § 4.*

Hæc ſufficiant de officio tutoris; ſequitur de præſtatione authoritatis, quæ nihil eſt aliud, quam *approbatio ejus, quod cum pupillo geritur. Perez. Inſt. hic*, ſive eſt vis illa, ac poteſtas, quam tutores habent in perſona pupilli, ejusque rebus adminiſtrandis, ita, ut pupillus nihil agere poſſit, niſi tutore autore, ſine quo nec velle, nec nolle habere dicitur. *L. 189. ff. de R. I.*

Q. hic in principio: in quibus cauſis, & negotiis authoritas tutoris neceſſaria ſit, vel non ſit? R. Juſtinianus in quibusdam cauſis neceſſariam eſſe, in quibusdam vero non. 7

Neceſſaria non eſt pupillo authoritas tutoris in iis cauſis, in quibus pupillus conditionem ſuam meliorem facit. *text. hic* Ratio: quia, etsi pupillus ſit liber, & actuum civilium capax, ideo in ejusmodi cauſis intellectus ipſius, licet imperfectior, habetur pro pleno, & perfecto, ne, quod in favorem, & commodum pupilli introductum eſt, in ipſius perniciem convertatur; cum alias ætas in damnis faciat minoribus ſubvenire, non obeſſe in rebus proſpere geſtis. *l. 14. Cod. de Procurat. Perez. in Cod. de auth. & conſ. tut. n. 5. Struv. Exerc. 31. th. 43.* Unde

Colliges: Poſſe pupillum ſine tutoris authoritate ſtipulari, ut ſibi aliquid detur. *text. hic.* remittatur, quod debet. *l. 9. ff. de accept.* donetur. *l. 9. ff. de auth. & conſ. tut.* Ratio: quia per iſtas cauſas conditionem ſuam meliorem facit. Concordat Jus Auſtr. *loc. cit. tit. 14. § ult.* Was aber einem Pupillen frey, und ohne merckliche Beſchwernuß geſchencket wird, das mag er ohne Gerhaben Bewilligung wohl, und kräfftig annehmen.

Neceſſaria autem eſt pupillo tutoris authoritas in iis cauſis, in quibus pupillus ſuam cauſam facit deteriorem. *text. hic & l. 28. ff. de pact.* Ratio non eſt alia, niſi favor pupilli, & infirmitas pupillaris ætatis, cui Jura omni me-

 liori

liori modo providen, ne detrimentum capiat. *Marz. n. 1. Harp. n. 1.* Deteriorem vero ſuam conditionem pupillus facere dicitur, quoties de eo obligando, vel rebus ejus alienandis agitur. *Schamb. Inſt. hic.* Unde

Colliges, pupillum non poſſe ſe ſolo celebrare contractum, v. g. *emere, vendere, locare, conducere, ſocietatem coire,* aut *alio quocunque modo rem alienare, aut diſtrahere*, &c. Ratio horum omnium eſt, quia tales cauſæ ſunt, ut exinde pupilli conditio reddi poſſit deterior. *Schneid. n. 8. & communiter omnes. Concordat Jus Auſt. loc. cit. tit. 24. §. 1. per tot.*

Dices: Pupillus, qui doli capax eſt, obligatur ex delicto tam civiliter, quam naturaliter ſine authoritate tutoris; ergo etiam ex contractu. ℞. *negando conſ.* Disparitas eſt, quia delicta impunita manere non debent, neque quis ob ætatem ſperare debet impunitatem. *l. impunitas. Cod. de pœn.* ne pupillo detur occaſio delinquendi.

Urges: Pupillus obligatur tutori naturaliter, & civiliter: tenetur enim actione tutelæ contraria; ergo etiam aliis ita obligabitur. ℞. *neg. conſeq.* quia prius in commodum ipſorum pupillorum, ut tutores libentius res eorum adminiſtrent, ex legis ſit diſpoſitione. *Schamb. Inſt. hic.*

Ad ℣. Unde.

8 Quid, ſi de facto pupillus ſine tutoris authoritate contraxerit, & contractum ultro, citroque obligatorium inierit? v. g. *aliquid vendiderit, locaverit?* ℞. Imperator, quod tunc, licet alias ſit regula, quod contractus claudicare nequeat, *l. 1. ff. de reſcind. vend.* hoc tamen caſu ex uno tantum latere conſtet, & alter quidem, qui cum pupillo contraxit, obligetur, pupillus vero non obligetur, ac proinde contractus claudicet, & hoc favore ætatis pupillaris. Alter vero ſibi debet imputare, quod cum pupillo contraxerit, qui ſcivit, vel ſcire debuit, pupillum non obligari. *Manz. n. 6.*

Dices: Ergone pupillus rem venditam poterit repetere, & pretium non tenetur reſtituere? ℞. vel pupillus ex pretio factus eſt locupletior, vel non. Si prius, emptor pupillum tamdiu per exceptionem doli repellit, donec pretium reſtituatur; non enim debet pupillus velle locupletari cum alterius jactura, contra *l. 209. ff. de R. I. & cap. 48. de R. I. in 6.*

Si ex pretio non eſt factus locupletior, ſed illud perdiderit, aut inutiliter expenderit, emptor tenetur rem venditam pupillo ſine refuſione pretii reſtituere. *Schneid. Inſt. hic n. 10. Concordat Jus Auſt. loc. cit. tit. 24. § 2.* Wann der Pupill ein Pfand- oder Kauf-Schilling, oder auch ſonſten Geld- oder Gelds-werth empfangen, und daſſelbe unnützlich verthan, verſpielt, verlohren, oder ſonſten übel angewendet, ſo iſt er das empfangene Geld wieder zu bezahlen nicht ſchuldig.

Q. II. *An tutor honorarius*, qualis ille dicitur, qui ſine adminiſtratione conſtitutus eſt, ad hoc, ut tutoris adminiſtrantis obſervator, & inſpector ſit, *pupillo fieri author poſſit?* ℞. reperi- 9

riri

tiri hoc in paſſu duos textus, qui inter ſe vehementer colliduntur.

Primus eſt in *l. 40. ff. de acq. vel amitt. hered.* his verbis: *Pupillus etiam eo tutore authore, qui tutelam non gerit, hereditatem adeundo obligatur.* Alter eſt in *l. 4. ff. h. t. Si tutor authoretur, cui adminiſtratio tutelæ conceſſa non eſt, id ratum a Prætore haberi non debet.*

Varii varie iſtos textus ſibi invicem deſponſant. Mihi arridet illa ſolutio, quæ diſtinguit: an tutori honorario adminiſtratio tutelæ negata, ſeu interdicta ſit, nec ne? Priori caſu procedit *l. 4.* cui ſuffragatur *l. 4. § 1. ff. de ſolut.* ubi tutori, cui interdicta eſt adminiſtratio, non recte ſolvitur. Poſteriori caſu locum habet, *d. l. 40.* Ita *Brunn. tract. de tutel. tit. 8. §. 6. & 7.* Aliter rem explicat *Bachov. & Treutl. vol. 2. diſp. 12. th. 12. lit. A. B. & C.*

10 Q. III. *An pupillus ſine authoritate tutoris obligetur ſaltem naturaliter?* Famoſa, & famoſa eſt hæc controverſia, anxie non minus a JCtis, quam a Theologis agitata, in qua, ne illotis, ut ajunt, manibus procedamus;

Præmitto I. Certum eſſe, quod pupillus, in quantum ex contractu aliquo factus eſt locupletior, obligetur *naturaliter*, & *civiliter*. Naturaliter, quia natura æquum eſt, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem, *l. 206. ff. de R. I.* Idque corroboratur per *l. 12. §. 1. & l. 14. ff. de condict. indeb.* Civiliter, quia pupillus ſine tutoris authoritate contrahens, & locupletior effectus, efficaciter poteſt conveniri in foro civili; *l. 5. ff. h. t.* ergo obligatur non tantum naturaliter, ſed etiam civiliter; cum ſola obligatio naturalis de Jure noſtro tam efficax non ſit, ut actionem generet. Ita *Glittle tractat. de pact. cap. 4. § 2. n. 2. Schamb. inſt. hic. Schneid. n. 13. Harp. n. 30. hic.*

Præmitto II. Certum etiam eſſe, quod poſſit Princeps ex juſta cauſa voluntatem ſubditorum ita inhabilitare, ut quantumvis ſe obligare velint, id nequeant tamen efficere. Sic de facto videmus, quod Concilium Tridentinum clandeſtina matrimonia ita inhabilitaverit, ut, licet partes in vinculum matrimonii conſenſerint, *nulla tamen neque naturalis, neque civilis naſcatur obligatio.* Præterea *voluntas prodigi ita eſt inhabilitata a lege*, ut *neque naturaliter obligetur. l. 6. ff. de V. O.* Ratio hujus potentiæ eſt: quia omnis illa poteſtas legiſlatori concedi debet, qua negata is non poſſet felicitati Reipubl. ſufficienter conſulere, atque mala communi bono multum adverſa e Republ. eliminare, ſed negata poteſtate ita inhabilitandi ſubditorum voluntates, ut neque naturalis obligatio exinde oriatur, Princeps non poſſet felicitati Reipub. ſufficienter conſulere; ergo &c.

Præmitto III. In pupillo duplicem obligationem naturalem conſiderari poſſe, unam *veram*, & alteram *fictam*. Vera dicitur, quæ naturaliter obligat ipſum pupillum. Ficta, quæ facta relatione ad perſonam pupilli perinde ſe habet, ac ſi non eſſet. Habito vero reſpectu ad perſonam tertii fingitur in ordine ad certos effectus in pupillo exiſtere, v. g. *ſi e pro pupillo promittente aliquid, intervoniſſe fidejuſſorem.* Hoc in caſu pupillus obligatur naturaliter, non

non vere, quaſi ipſe pupillus adimplere promiſſum teneretur, ſed ficte, ut nimirum tertius, id eſt, fidejuſſor obligetur. Ita ſolidiſſime diſcurrit *Glettle loc. cit. n. 7.* bis prælibatis,

12. Ad propoſitam controverſiam: pupillum ſine tutoris auctoritate contrahentem, non obligari obligatione naturali vera, ſed ſolummodo ficta. Ita *Glettle loc. cit. n. 3. Hunn ad Treutl. vol. 1. diſp 6. th. 5. lit. B. Bachov. ib.*

Diſſent *Zoeſ ff. de obligat. & act. n. 48. Harp. Inſt. hic n. 29. Arumæ exercit. 3 th. 2. 23. Oblingenſp. Inſt. h. tit. quaſt. 6.*

Prima ſententia argumentis nititur haud contemnendis.

I. Deſumitur ex *l. 50. de O. & A.* his verbis: *Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem Jure naturali obligatur.* Idem probat *l. 41. ff. de condict. indeb. Pupillus ſine authoritate tutoris ſtipulanti promittendo, & ſolvendo repetitionem habet, quia nec natura debet.*

II. Depromitur ex *d. l. 41. & l. 29. ff. eod.* ubi dicitur, quod pupillus ſoluti babeat repetionem; ergo naturaliter non obligatur: naturaliter enim debita, ſi ſolvantur, repeti non poſſunt. *l. 10. ff. de O. & A. l. 16. §. 4. ff. de fidejuſſ.*

III. Sic adorno. Certum eſt, & indubitatum, Jura voluiſſe pupillis omni meliori modo providere, & eorum indemnitati conſulere; atqui ſi pupillus non debito modo contrahendo obligaretur naturaliter, parum Jura ejus indemnitati proſpexiſſent; quid enim juvarent pupillos *in foro civili obligatos non eſſe, ex conſcientia tamen teneri ad implendam contractus legem?* quid obſecro, iis profuturum exiſtimas, actione civili non poſſe impeti, poſſe tamen compelli per denuntiationes Evangelicas: ne ergo uberrimus & profuſiſſimus legum favor, qui ubique luculenter emicat, reſtringatur, dicendum omnino erit, pupillum ex contractu, ſine authore tutore inito, nullatenus obligari.

Non obſtat I. Quod ad obligationem naturalem nihil requiratur, quam ſerius, & deliberatus conſenſus, talem vero poſſe a pupillo elici; ergo. 13

R. enim non qualemcunque conſenſum ſufficere ad producendam obligationem naturalem; poteſt enim etiam prodigus elicere conſenſum, ſed debet talis eſſe conſenſus, qui a lege non ſit irritatus, & inhabilitatus.

Dices: Lex non potuit irritare conſenſum, & obligationem exinde deſcendentem, quia alias immutaret Jus naturæ, quod ad obligationem naturalem aliud nihil deſiderat, quam ſerium & deliberatum conſenſum. R. Quod Jus naturæ non poſitive, & abſolute velit, ut omnis plane deliberatus conſenſus obligationis naturalis ſit, & debeat eſſe productivus, ſed ille duntaxat, qui procedit a tali voluntate, quæ lege poſitiva non ſit inhabilitata. quod autem in pupillis illa voluntas inhabilitari potuerit; habetur ex præmiſſis. *Verſ. Præmitto* 2.

Non obſtat II. *l. 8. §. 6. ff. de fidejuſſ. & l. 127 ff. de V. O.* ubi fidejuſſor pro pupillo ſine authoritate tutoris aliquid promittente ſe obligans tenetur; ergo ſignum eſt, quod pupillus naturaliter ſaltem obligetur; quoniam ubi nulla penitus eſt obligatio, ibi

ibi non tenet fidejuſſio. Siquidem ℞. *diſt conſ.* ergo ſignum eſt, quod pupillus obligetur obligatione naturali ficta, *conc.* vera, *neg conſeq.* Non eo ſenſu in *dd. ll.* pupillus naturaliter obligatus eſſe intelligitur, quaſi teneretur de Jure naturæ ſolvere, vel præſtare, quod promiſit, ſed, ut fidejuſſor tanquam tertius interveniens vere, & effective obligetur, qui ſibi imputare debet, quod fidejuſſerit pro tali, quem ſcire debuiſſet obligari non poſſe. *Gloſſa loc. cit.* ubi plures alias leges eadem diſtinctione reſolvit, & idem, quod de pupillo diximus, ſtatuit procedere in minore, ſine curatore ſuo contrahente, ut nec iſte naturaliter obligetur, ſi locupletior ex contractu factus non ſit *per l. 3. Cod. de in integ. reſtit.* ubi minor comparatur prodigo, atqui prodigus ſine curatore ſuo contrahens non obligatur naturaliter; *l. 6. ff. de V. O.* ergo neque minor.

Non refragatur *l. 101. ff. de V. O.* ubi in hæc verba diſerte reſcribitur. *Puberes ex ſtipulatu ſine curatoribus ſuis poſſunt obligari.* Siquidem *d. l. 101.* reſtringenda eſt ad illas obligationes, *quæ perſonam concernunt*, non vero præſtationem, aut alienationem rei, ut ſenſus ſit: minor ſe obligare poteſt ſine curatore ſuo ad præſtandam operam perſonalem, v. g. *pingendam tabulam, ſcribendas literas.* Item *obligatione ſponſalitia ad nuptias &c.* Curator enim datur *rei*, non *perſonæ.* Porro quomodo, & quando pupillus, vel minor ex delicto obligetur, non hujus eſt loci excutere. Vide *Schneid. Inſt. h. t. n. 15. Carpzov. pract. crimin. p. 3. q. 143. n. 48. Menoch. de arbitrar. Jud. lib. 2. caſ. 329. Gomez var. reſolut. lib. 3. cap. 1. n. 57 & ſeqq.*

§. Neque tamen 1.

12 Q. In hoc §. *utrum pupillus ſine tutoris authoritate hæreditatem adire, vel bonorum poſſeſſionem petere, vel hæreditatem ex fideicommiſſo ſuſcipere poſſit?*

Ratio dubitandi eſt quia pupillus hæreditatem adeundo videtur reddere ſuam conditionem meliorem, quod fieri poteſt ſine authoritate tutoris.

Verum, hac dubitandi ratione non obſtante, deciditur hic, quod neque hæreditatem adire, neque bonorum poſſeſſionem petere, neque hæreditatem ex fideicommiſſo ſuſcipere poſſit, niſi cum authoritate tutoris Ratio fundamentalis hæc eſt: quia pupillus nullum tale negotium ſe ſolo gerere poteſt, ex quo obligatur; atqui hæres adeundo hæreditatem obligatur legatariis, & omnibus creditoribus hæreditariis; *§. 6. Inſt. de oblig. quæ ex quaſi cont. naſc.* ergo pupillus ſe ſolo non poteſt adire hæreditatem.

Sed quid, ſi hæreditas ſit lucroſa, & opulenta? ℞. Adhuc tutoris authoritas interveniat, neceſſe eſt, ratio: tametſi enim hæreditas quandoque lucroſa appareat, effectu tamen damnoſa eſſe poterit propter latens forte æs alienum; ſæpe enim contingit, ut plus ſperent homines de facultatibus, quam in his eſt. *§. 8. Inſtit. quibus ex cauſ. manumit. non lic. Schneid. n. 2. hic.* 13

Sed quid in ſuppoſito, quod certo conſtet hæreditatem lucroſam eſſe, & non

non periculoſam? ℞. Adhuc tutoris authoritas neceſſaria erit, eo quod pupillo ſemper illa neceſſaria ſit, quoties pupillus ſuam conditionem redderet deteriorem; atqui adeundo hæreditatem pupillus redderet ſuam conditionem deteriorem, tunc enim dicitur reddere conditionem ſuam deteriorem, ſi de obligando pupillo agitur, prout fit per aditionem hæreditatis; *d. § 4.* Ergo &c. Sane ſi fingas hæreditatem talem eſſe, ut præciſe merum lucrum contineat, nec adſint creditores, legatarii, negotia, offenſæ, aut alia quæcunque onera, id totum per accidens eſt, & nos hæreditatem, ut ait *Bachov. Inſt. hic.* qualis eſſe ſolet, non qualis eſt ex rariſſimo accidenti, conſideramus.

Dices: Si pupillus contrahit ſine tutore authorante, tunc juxta dicta contractus claudicat; ergo etiam in additione quaſi contractus claudicabit, & per conſequens pupilli conditio non redditur deterior. ℞. In additione quaſi contractum claudicare non poſſe, quoniam hæreditas quoad commoda, & incommoda, eſt individua. Ratio alia eſt. quia contrahenti imputari poteſt, quod cum pupillo contraxerit, tutore non præſente, creditoribus autem hæreditariis nihil ſimile imputari poteſt, utpote qui cum defuncto contraxerunt, quem, cum hæres repræſentet, jam non pro pupillo, ſed pro defuncto, & loco ejus habetur. *Morz. n. 5. hic.*

§. Tutor 2.

14 Q. hic: *Quando, & quomodo tutoris authoritas interponenda ſit?* ℞. Imperator in ipſo negotio, dum actus cum pupillo geritur, interponi debere; quæ enim ſunt ſolennitatis, in ipſo actu adhibeantur, neceſſe eſt. *cap. auditis. 29. X. de elect. pot.* Unde

Infertur, per nuntium, per epiſtolam, item ex intervallo authoritatem tutoris minus recte interponi; quæ enim de forma deſiderantur, per æquipollens non adimplentur. *l. 1. §. 2. ff. de V. O. Harp. n. 4. & 5. Morz. n. 6.*

Hodie hæc ſcrupuloſitas in conſiderationem non trahitur, ſed poteſt tutor & ante, & poſt negotium, per nuntium, ſive per epiſtolam, imo & ex intervallo authoritatem ſuam interponere. *Vinn. Inſt. hic Struv. Exercit. 31. th. 42. Braun. tract. de tutel. tit. 8. n. 43.*

§. Si inter. fin.

Ex iſto §. poſſis colligere, quid Juris, ſi pupillus cum tutore litem, aliudve negotium habeat. Nimirum debet pupillo tutoris loco curator conſtitui, qui litem, negotiumque gerat: nemo enim in rem ſuam author eſſe debet. Iſte autem curator, lite finita, vel negotio peracto, curator eſſe deſinit: ceſſante enim cauſa, ceſſat effectus, & limitata cauſa producit limitatum effectum: nec non, quæ ob cauſam dantur, ab eadem moderantur. *l. 37. Cod. de inoff. teſt. Schamb. Morz. Schneid. hic*

Dices: Cur non dabitur interea tutor a Magiſtratu? ℞. quia tutor tutorem habenti non datur. *§. 5. Inſtit. de curat.*

TITU-

TITULUS XXII.

Quibus modis tutela finiatur.

SUMMARIA.

1. De Jure communi per pubertatem exſpirat tutela. 2. Quomodo exſpiret de Jure Auſtriaco. 3. Conditio ſuſpenſiva, & reſolutiva quid ſit. 4. Per nuptias in Auſtria finitur tutela. 5. Venia ætatis quando impetretur. 6. Quid illa operetur.

CONTINUATIO.

Hucuſque vidimus, quomodo tutela introducatur, tutores conſtituantur, & authoritas præſtetur. videndum modo eſt, quomodo tutela finiatur, & poteſtas tutoris iterum diſſolvatur: nihil enim eſt in rerum natura perpetuum. *l. 2. §. 18. Cod. de vet. Jur. enucl.*

Ad Princip.

1 Finitur tutela I. pubertate, quæ in maſculo incipit tranſacto XIV. anno, in fœmina poſt XII. Olim pubertatem æſtimarunt ex habitu corporis, ſive ex inhoneſta inſpectione oculati habitudinis corporis circa pudenda.

Verum, cum hoc caſtitati, & pudicitiæ contrarium fuerit, *flagitii* enim (inquit *Cicero lib. 4. Tuſcul. in fine*) *principium, nudare inter cives corpora:* Ideo Imperator hoc emandavit, diſpoſuitque, ut maſculus poſt XIV. fœmina poſt XII annum pubeſcerent, fœmina autem magis proprie viripotens, quam pubes fieri dicitur. *Schamb. Inſt. hic.*

De Jure Auſtriaco tutela tunc demum finitur, ſi maſculus XXII fœmina XX. ætatis ſuæ annum adimpleverit. N. Oe. neue Gerhabſchafts-Ordnung. *tit. 16.* § 2 Wann der Pupill, ſo er ein Manns-Perſon 22. und wann es ein Weibs-Perſon iſt, 20. Jahr des Alters erfüllet hat; doch ſollen auch nach dieſen vollendten Jahren, denenjenigen, bey welchen man ein verthulich- oder liederliche Weiß verſpühret, die Güther nicht gleich eingeantwortet, ſondern ſolches vorhero der Obrigkeit angezeigt, und derſelben Verordnung darüber erwartet werden. 2

§. Item finitur 1.

II. Finitur tutela arrogatione, quando pupillus cum conſenſu tutoris arrogatur, tunc enim ſubjicitur poteſtati arrogatoris, & nemo poteſt exiſtere in duplici poteſtate

III. Deportatione pupilli, quia cenſetur civiliter mortuus, & indignus, cui Jus Romanorum utiliter proſpiciat.

IV. Servitute, ſi pupillus libertus propter ingratitudinem revocatur in ſervitutem; *tutela enim eſt vis, atque poteſtas in capite libero*, quale ſervus non eſt.

V. Captivitate pupilli, quia captivi ſervi hoſtium fiunt; ſervus autem, utpote caput non liberum, ſub tutela non poteſt exiſtere.

§. Sed etſi 2.

VI. Tutela finitur exiſtentia conditionis, puta, *ſi teſtator uſque ad certam conditionem tutorem dederit*, v.g. donec *Titius Conſul factus fuerit*; tunc exiſtente hac conditione, tutor talis eſſe deſinit, data enim ſub conditione, exiſtente conditione deſinunt. *Marz. n. 2. hic.* & limitata cauſa limitatum, reſtrictumve producit effectum *Harp. n. 4.*

Dixi notanter, *ſi teſtator*, quia Magiſtratus, vel Judex tutorem ſub conditione dare non poteſt; quoniam tutela dativa eſt actus legitimus, qui conditionem non recipit. *l. 77. ff. de R. I. Marz. n. 2.*

Dices: Conditionalia ex eventu conditionis pendent *cap. 5. ✠ de condit. appoſ. & l. 41. ff. de condit. & demonſtrat.* quomodo ergo textus innuere poteſt, quod tutor exiſtente conditione talis eſſe deſinat; cum potius dicendum videatur, quod conditione exiſtente primum tutor eſſe incipiat?

3 Pro ſolutione hujus dubii notandum eſt, conditionem eſſe duplicem, *ſuſpenſivam, & reſolutivam. Suſpenſiva* dicitur his v.g. verbis concepta: *Si Imperator hoſtes vicerit, ſi navis ex Aſia venerit, Titius liberorum meorum tutor eſto.*

Hæc conditio ideo ſuſpenſiva dicitur, quia tamdiu adminiſtrationem tutelæ ſuſpendit, donec conditio eveniat; & de hac conditione verificatur adducta regula: *Conditionalia ex eventu conditionis pendent.* Item ſub conditione promiſſa, non ante debentur, priusquam conditio extiterit. *l. 213. ff. de V. S.* Item conditionalia conditione non exiſtente perimuntur. *l. 2. § quod ſi. ff. de peric. & commod. rei vend.*

Conditio *reſolutiva* dicitur, talibus v.g. circumſcripta verbis: *Titius tutor eſto, quousque Conſul fuerit factus, vel donec Imperator hoſtes vicerit.* Hæc conditio fere eadem eſt cum datione tutoris ad certum tempus; facit enim, ut ſtatim poſt mortem teſtatoris tutor quis eſſe incipiat, talis autem eſſe deſinat, ſi conditio reſolutiva eveniat. De hac conditione loquitur noſter *textus*, & de ea procedit iſta regula: *Sub conditione conceſſa, evenıente conditione reſolvuntur, ſicuti ad tempus conceſſa, elapſo tempore cenſentur negata.* Ita *Marz. n. 4. 5. & 6. hic.*

§. Simili 3.

VII. Exſpirat tutela morte naturali, ſeu tutoris, ſeu pupilli; mors enim omnia ſolvit, & Jura perſonalia, qualis eſt tutela, cum perſona extinguuntur. *Perez. Inſtit. hic. Concordat Jus Auſtriac. loc. cit. tit. 16. §. 1.* ubi tutoris defuncti hæredibus imponitur neceſſitas, necem tutoris, judicio ſignificandi, ut alius tutor ſubſtitui poſſit.

§. Sed & capitis 4.

VIII. Evaneſcit tutela capitis diminutione, & quidem maxima, & media ex parte tutoris, ratio: quia amittit communionem Juris Civilis. Minima capitis diminutione ex parte tutoris tutela non exſpirat; quoniam tutela eſt

eſt munus publicum, in munere autem publico filiusfam. habetur pro patrefam. *l. 9. ff. de his, qui ſui, vel alieni Jur.*

Secus eſt ex parte pupilli, ubi minima capitis diminutione tutela perit; quoniam per arrogationem deſinit eſſe ſui Juris, tutela autem eſt Jus in capite libero. *Manz. Harp. Schneid. hic.*

Dices: Minima capitis diminutione ex parte tutoris legitima tutela perit; *text. hic.* ergo male indiſtincte diximus, minima capitis diminutione ex parte tutoris tutelam non exſpirare &c. Ideo de Jure antiquo per arrogationem tutoris legitimam tutelam periiſſe; quia legitima tutela eſt fundata in Jure agnationis, quod per arrogationem tollitur. Hodie vero, poſtquam omnis differentia inter agnationem, & cognationem ſublata eſt, nulla amplius tutela minima tutoris capitis diminutione tollitur. *dd. auth.*

§. Præterea 5.

IX. Ceſſat tutela lapſu temporis; limitata enim cauſa limitatum producit effectum, & ad tempus permiſſa, poſt lapſum tempus cenſentur prohibita. *Harp. hic. Concordat Jus Auſtriac. loc. cit. §. 5.*

§. Deſinunt fin.

X. Finitur tutela per remotionem, quando videlicet a Judice tutor, ut ſuſpectus, a tutela removetur.

XI. Extinguitur tutela excuſatione perpetua. De his duobus poſterioribus infra *tit. 25. & tit. 26.* DEO dante agemus.

4 XII. Exſpirat tutela per nuptias pupilli, pupillæve, vel etiam per profeſſionem in Religione aliqua emiſſam. N. Oe. neue Gerhabſchafts-Ordnung. *tit. 16. § 4.* Wann ſich ein Pupill, Manns- oder Weibs-Perſon, vor obbemeldter Zeit verheyrathen, oder in Geiſtlichen Stand würcklich Profeſs gethan, wird ſie auch der Gerhabſchaft entbunden.

5 XIII Ceſſat tutela per veniam ætatis impetratam a Principe. Ubi

Notandum, quod maſculus completo anno XX. fœmina vero exacto anno XVIII. veniam ætatis ab ipſo Principe petere, & ſic ſe a tutelæ jugo eximere poſſint. *tot. tit. Cod. de his, qui ven. ætat.*

Hæc ipſa tamen veniæ impetratio 6 non facit, quo minus minor teneatur adhibere decretum Prætoris, ſi res immobiles alienare, aut pignori ſubjicere velit. *text. expreſſ. in l. 3. Cod. quand. decret. non eſt opus. Brunnem. in l. 3. Perez. ad Cod. n 6. d. t. Concord. Jus Auſtriac. loc. cit. §. 3.* Wann wir auf Benehmung des Gerichts einem Pupillen vor ſolcher Zeit veniam ætatis zu ertheilen, ſo endet ſich zwar alsdann die Gerhabſchaft, jedoch iſt der geweſte Pupill dannoch nicht befugt, vor erlangter völliger Vogtbarkeit, von ſeinen liegenden Güthern, oder da deſſen meiſtes Vermögen in Baarſchaft, Capitalen, oder anderen koſtbaren Mobilien

lien beſtünde, etwas merckliches, ohne Vorwiſſen der Obrigkeit, auch unterm Vorwand eines Recompens, zu verſchencken, oder ſonſten zu veralieniren, oder zu verſchwenden.

TITULUS XXIII.
De Curatoribus.

SUMMARIA.

1. *Curatela definitur.* 2. *Quibus detur curator.* 3. *Fœmina cur citius pubeſcat, quam maſculus.* 4. *Invitus curatorem nemo accipit.* 5. *Furioſus quis præſumatur.* 6. *Enumerantur caſus, quibus etiam pupillis curatores dantur.*

TRANSITIO.

IMperator ſupra de tutelis dixit, quasdam perſonas, quæ ſui Juris ſunt, aut eſſe ſub tutela, aut ſub curatela. Hactenus de iis, quæ ſub tutela: ſequitur de his, quæ ſub curatela exiſtunt.

Ad princip.

1 Cura, ſeu curatela concinne deſcribitur, quod ſit *poteſtas in capite libero ad tuenda bona ejus, qui ea per ætatem tueri nequit.* Dicitur *ad tuenda bona.* Curator enim primario datur rebus, tutor perſonæ, *Schneid. Inſtit. hic n. 5.*

2 Q. hic: *Quibus curatores dentur?* & R. quod dentur adultis, ſed puberibus, minoribus tamen 25 annis, licet enim (inquit textus) puberes ſint, adhuc tamen ejus ætatis ſunt, ut ſua negotia tueri nequeant.

Durat autem iſta curatela tam in maſculis, quam in fœminis usque ad XXV. annum. *text. hic.*

Sed ain, cur fœmina citius pubeſcat, quam maſculus, contra vero non fiat majorennis? Hujus rei a variis varias rationes adduci videas. Mihi placet illa, quod in tutela maturitas corporis attendatur, quæ celerior eſt in fœminis, quam in maſculis, imperfectiora enim citius creſcunt; contra in curatela ſpectetur animi, judiciive maturitas, quæ fœminis aut raro, aut certo non citius, quam maſculis, ſuboritur. *Manz. n. 3. Schamb. hic.* 3

§. Dantur 1.

Dantur curatores ab iisdem Magiſtratibus, a quibus tutores: & ſicuti hodie tutoris datio eſt Jurisdictionis ordinariæ, ita quoque curatoris. *Schneid. n. 7.*

In teſtamento parentibus curatores efficaciter dari non poſſunt; quia puberes, quibus ſolis curator datur, ipſi, ſi velint, res ſuas adminiſtrare poſſunt, prout §. ſtatim ſequenti dicemus. Eadem

dem ratio eſt, quare pater liberis ſuis puberibus ſubſtituere non poſſit, ſcilicet, quia ea ætate ipſi ſibi teſtamentum facere poſſunt. *l. 2. ff. de vulg. & pup ſubſt. Vinn. Inſt. hic.*

Sane, ſi curator teſtamento datus ſit, decreto Magiſtratus confirmandus eſt. *text. hic & l. 2. §. 1. ff. de confir. tut. vel curat. Schamb. hic.*

§. Item inviti 2.

4 Adoleſcentes inviti curatores non accipiunt. *text. hic & l. 13. ff. de tut. & curat.* Turpe enim eſſe exiſtimabatur puberem eſſe, & adhuc habere curatorem, quod erat furioſorum, & prodigorum proprium. *Harp. n. 2.*

Hodie minores æque ac pupilli, nolint, velint, curatores recipere tenentur. *Ord. polit. de anno 1577. tit. 32. Mont. hic. Brunnem. l. 7. Cod. qui per tut. vel curat. n. 3.* Concord. Jus Auſtriac. *loc. cit. tit. 2. §. 2.* ubi diſerte cautum eſt, nullam in Auſtria inter pupillos, & minores; tutores, & curatores, amplius obſervari, & fieri differentiam.

§. Furioſi 3.

5 Non minorennes duntaxat, ſed & majorennes, quandoque ſub curatela ſunt, ut *furioſi, prodigi*, &c. Furioſus autem eſt, qui uſu rationis deſtitutus agit cum rabie. *Harp. n. 4.* Talis in dubio eſſe præſumitur, qui per vicos more inſanorum loquitur, vel deridendo vadit. Item, qui juſſit cadaver ſuum in mare projici, vel qui perpetuo timore agitatur, ne mundus corruat, & in præceps feratur, & propterea ſemper meditatur fugam; vel qui tanta ebrietate gravatur, ut exiſtens in cubiculo credat ſe navi vehi, & periclitari naufragio, atque eapropter omnia ad levandam navim per feneſtras projiciat, prout aliquibus ita contigiſſe ex Cælio recenſet *Menoch. de præſumpt. lib. 45. n. 27. & ſeqq.*

Prodigus ab Ulpiano *l. 1. ff. de curat. furioſ.* ille dicitur, qui neque tempus, neque finem expenſarum habet, ſed bona ſua dilapitando, & diſſipando profundit. Hic nos intelligimus prodigum, cui bonorum adminiſtratio a Magiſtratu interdicta eſt, ut huic non etiam eth ce tali curator dari debeat. *l. 10. ff. de curat. furioſ. Harp. n. 6. hic. a Sameting. n. 7.*

§. Sed & 4.

Quamvis lex XII. *Tab.* ſolummodo furioſis, & prodigis curatores dederit, poſtea tamen propter ſimilitudinem rationis placuit, ut a Magiſtratibus etiam nonnullis aliis, v. g. *mente captis*, item, *ſurdis, & mutis, & perpetuo valetudinariis*; denen, die ſtäts ſiegerhaft ſeynd, curatores darentur, ratio: quia etiam hi rebus ſuis præeſſe non poſſunt. Concordat N. Oe. Gerhabſchaffts-Ordnung. *tit. 5. §. 1.*

§. In-

§. Interdum 5.

Tametſi regulariter curatores non pupillis, ſed minoribus aſſignentur, patitur tamen iſta regula aliquas exceptiones, ita, ut etiam pupillis curatores dentur.

6 I. Eſt; ſi tutor legitimus, ſive a teſtatore, ſive a Magiſtratu datus, vel propter valetudinem, vel propter ætatem, vel propter inopiam, vel propter imprudentiam, aut ſimplicitatem non ſit idoneus ad tuendum pupillum, & ad facultates ejus probe adminiſtrandas; tunc tutor, utpote dolo, aut culpa carens, ab officio tutelæ removendus non eſt, ſed curator ei adjungendus erit. *text. hic & l. 13. ff. de tut.* Sed cur non datur alius tutor? Ratio eſt in *text.* quia tutorem habenti tutor dari non poteſt. Ratio rationis *a Merz. hic n. 6.* multiplex redditur: mihi illa placet, quia tutor vicces genitoris agit; ſicuti ergo pater patrem habenti non datur, ita neque tutorem habenti tutor datur. *Perez. hic.*

II. Exceptio eſt, ſi tutor temporali impedimento laboret, ita, ut tutelæ præeſſe non poſſit, puta, ſi legationis cauſa, vel alia juſta abſentia abſit, tunc interea pupillo curator datur.

Dixi *temporali impedimento*: nam ſi perpetuum eſſet, non curator, ſed tutor aſſignandus foret; qui enim in perpetuum ab onere tutelæ excuſantur, tutores eſſe deſinunt. *§. ult. Inſt. de excuſat. tut. Harp. n. 2.*

§. Quod ſi finalis.

Q. hic: Quid agendum, ſi pupillo controverſia, vel proceſſus moveatur, tutor vero forte propter dignitatem, quia perſona illuſtris eſt, non poſſit honeſte in judicio comparere? R. *Imperator* cum diſtinctione: vel pupillus præſens eſt, vel abſens eſt: ſi præſens, tunc vel eſt adhuc infans, vel infantia major. Si infantia major ſit, & præſens, tunc poteſt cum authoritate tutoris procuratorem conſtituere. *l. 21. Cod. de procurat.* Si pupillus ſit abſens, vel adhuc infans, tunc tutor cum decreto Magiſtratus actorem, quem velit, recte conſtituit, qui actor periculo tutoris cauſam peragat. *text. hic & l. 11. Cod. d. t.* Sed cur non curator, ſed actor aſſignandus? R. quia curator ſuo proprio periculo adminiſtrat, non periculo tutoris. *Merz. n. 20.* Item cur tutor actorem, non vero procuratorem poteſt ordinare? R. quia procurator non niſi a domino conſtituitur. *Harp. n. 5. Schneid. n. 3.* De Jure Auſtriaco ita ſe habet: Wann ein Gerhab wegen ſchweren Rechts-Führung einen Curatorem in litem begehret, ſoll ihme derſelbe gegen billiger Beſtallung zugeordnet werden, welcher ſodann um die Rechts-Führungen zu ſorgen, und dieſelben neben denen anderen Gerhaben zu verantworten hat N.Oe. Gerhabſchafts-Ordnung. *tit. 21. §. 4.*

TITULUS XXIV.

De ſatisdatione Tutorum, vel Curatorum.

SUMMARIA.

1. Satisdatio definitur. 2. Tutor teſtamentarius. 3. Item ex inquiſitione datus non tenetur ſatisdare. 4. Niſi plures dati ſint. 5. Pupillus quales actiones habeat, ſi ex adminiſtratione damnum paſſus ſit. 6. Actio tutelæ ſubſidiaria quando locum habeat. 7. Quid obtineat de Jure Auſtriaco.

Ad princip.

ANtequam tutores, & curatores adminiſtrationem tutelæ, vel curatelæ ſuſcipiant, imprimis ſatisdare debent, rem pupilli, vel minoris ſalvam fore.

1 Sadisdatio autem nihil eſt aliud, quam cautio, qua tutor promittit rem pupilli ſalvam fore. *Mant. n. 2. hic.* hanc tutores, & curatores dare tenentur, ne pupillorum negotia ab iis conſumantur, vel diminuantur. *text. hic.*

Ad ℣. Sed hoc non.

Q. hic: *An indiſtinctè omnes tutores ſatisdare cogantur?* ℞. quod non, enim vero

2 I. Ab onere ſatisdationis liberantur tutores teſtamentarii, *text. hic & l. 4. & 17. ff. de teſtam. tut.* ratio redditur in ipſo textu: quoniam fides eorum, & diligentia ab ipſo teſtatore approbata eſt, qui optimum pro ſua progenie conſilium capere intelligitur. *l. 3. §. 1. ff. de adminiſt. & pericul. tut.*

3 II. A ſatisdationis gravamine eximuntur tutores ex inquiſitione dati, quia fides inquiſitionis loco ſatisdationis eſt. *text. hic & l. 13. §. ult. ff. de tut. & curat. dat.*

Ex dictis ſequitur, quod Jure communi inſpecto ſolummodo legitimi tutores, & curatores, item ii, qui a Magiſtratu ſine inquiſitione, nec non ii, ab extraneo in teſtamento dati, ſatisdare teneantur. *Mant. hic.*

Hodie omnes indiſtinctè tutores, & curatores cautionem præſtare debent. *Receſſ. Imper. 1548 Item 1577. tit. 32.*

De Jure Auſtriaco provinciales, qui in Auſtria poſſeſſionati ſunt, neque juratoriam, neque aliam cautionem præſtant, ſed tutela eorum fidei, & conſcientiæ committitur. N. Oe. Gerhabſchaffts-Ordnung. *tit. 7. §. 3.* quo loco plura de cautione tutorum, & curatorum poſſis recipere.

§. Sed ſi 1.

4 Dictum eſt inſpecto Jure communi, tutores teſtamentarios ab onere ſatisdationis immunes eſſe. Hoc in §. exponitur caſus, quo etiam tutores teſta-

ſtamentarii, & ex inquiſitione dati ſatisdant: puta, ſi duo, pluresque dati ſint tutores, aut curatores, & unus ſatisdationem offerat: tunc enim contutor, cui offertur ſatisdatio, vel ſatis accipere, & adminiſtrationem tutelæ curæve ſatisdationem offerenti relinquere, vel ipſe ſatisdare, & ſolus adminiſtrationem ſubire cogitur. *l. 17. ff. de teſtament. tut. Carpzov. loc. 5. reſp. 82. n. 20.* Eſtque ratio; quia conſultius, utiliusque eſſe judicatur, ut tutela, vel cura geratur per unum, quam per plures; quod enim pluribus expediendum committitur, id plerumque ſegnius expeditur, juxta vulgare Juris Brocardicon:

Segnius expediunt commiſſa negotia plures.

Q. *Quid ſi nullus ſatisdationem offerat?* R. Quod tunc ei, & quidem ſine datione decernenda ſit tutelæ adminiſtratio, quem major pars tutorum elegerit; major enim pars concludit. *cap. 1. & cap. fin. X. de his, quæ fiunt a majore, &c.* & quod major pars facit, omnes facere videntur. *l. 19. ff. ad Municipal. Carpz. loc. cit. n. 28. Schneid. hic n. 8.* Si vero & ipſi tutores, inter ſe in eligendo diſſentiant, Prætor ſuas partes interponat, neceſſe eſt, & unum eligat, cui adminiſtratio committatur. *l. 3. § 7. Cod. de adminiſt. & pericul. tutor. Manz. n. 12. Harp. n. 5. Pram. Inſt. hic n. 2.*

§. Sciendum 2.

5 Q. In hoc §. quem pupillus, vel adultus convenire poſſit, ſi ex mala adminiſtratione damnum aliquod paſſus ſit?

R. Quod primo loco conveniri poſſint ipſi tutores, vel curatores, qui tutelam, vel curatelam geſſerunt.

II. Si illi non amplius vivant, tunc eorum nomine, & loco conveniri poſſunt hæredes ipſorum; *l. fin. & tot. tit. Cod. de hæred. tut. & curat.* quia omnis actio deſcendens ex contractu, vel quaſi contractu, tranſit in hæredes; *l. 49. ff. de O. & A.* atqui actio tutelæ deſcendit ex quaſi contractu; *§. 2. Inſt. de obligat. quæ ex quaſi contract. naſ.* ergo &c.

III. Contra fidejuſſores, per quos tutor ſatisdedit, & ipſorum hæredes. *l. 5. ff. de fidejuſſ. tut. & curat. Schneid. n. 11. Manz. n. 7. & 8.* Quod ſi neque tutores, neque curatores, neque eorum fidejuſſores ſolvendo ſint, tunc

6 Quarto loco datur actio ſubſidiaria contra Magiſtratum, qui non exegit ſatisdationem, vel non recepit idoneam. *l. 6. ff. qui ſatisdare cog.* Sane ſi Magiſtratui nihil imputari poſſit, forte, quia idoneos tutores dedit, ceſſabit actio ſubſidiaria. *Manz. n. 12.* Caſui enim imputandum videtur, quod tutores a Magiſtratu dati, idonei eſſe deſierint, caſum autem fortuitum Magiſtratus pupillo non præſtat. *l. 1. §. 11. ff. de Magiſt. conveniend. Schneid. n. 1. hic.* De Jure Auſtriaco vix idem, quod de Jure communi obtinet, prout videre poſſis Gerhabſchafts-Ord. *tit. 18. per tot.* unde duo duxi adnotanda.

I. Eſt, quod in caſu, quo tutelæ adminiſtrationem unus ſolus geſſit, al-

alter contutor nonniſi in ſubſidium conveniri poſſit, puta, ſi adminiſtrans non ſit ſolvendo, *d. loc.* §. 4.

Wann ein Gerhab dem anderen die Verwaltung allein, und ohne Gerichtlicher Verwilligung überlaſſen, gleichwohl aber, wegen ſolcher Gerhabſchaft beſprochen wurde, kan er ſich auf den, ſo die Gerhabſchaft waltet, beziehen, und iſt man ſich an denſelben zu halten ſchuldig, er wäre dann deſwegen gar nicht, oder nicht zu genügen ſolvendo, in welchem Fall der Mit-Gerhab, welcher nichts verwaltet, Red, und Antwort zu geben, und was bey dem andern abgehet, zu erſetzen verbunden.

II. Eſt, quod actio tutelæ directa etiam contra illos competat, qui abſque decreto Judicis ſe tutelæ, bonorumque adminiſtrationi immiſcuerunt. *d. loc.* §. 6. Es haben auch die Pupillen wider diejenigen, ſo ſich ihr, und ihrer Güther als Gerhaben angenommen, und von der Obrigkeit nicht verordnet worden, noch ſonſten ihnen die Gerhabſchaft gebühret hat, gleichwohl actionem protutelæ, das iſt, eben die Spruch, welche ihnen wider andere rechte Gerhaben, und deren Güther zuſtunden.

§. Quibus 3.

Diximus hucuſque, quod tutores, & curatores debeant ſatisdare: *ſed quid Juris, ſi cavere nolint?* R. quod debeant captis pignoribus coerceri, h. e. poſſint capi res eorum, & hoc modo ad ſatisdandum compelli, *text. hic.*

Q. hic: *In quos Magiſtratus actio ſubſidiaria detur?* R. *textus*, in illos ſolos dari, qui ſatisdationem ſolent exigere, quales ſunt inferiores Magiſtratus, non vero in Magiſtratus majores. De Jure Auſtriaco actio ſubſidiaria datur contra quemlibet indiſtincte Magiſtratum, qui pupillo tutorem inidoneum conſtituit. *d. loc.* § 18.

TITULUS XXV.

De excuſationibus Tutorum, & Curatorum.

SUMMARIA.

1. Excuſatio tutelæ quid ſit. 2. Polypædia eſt juſta cauſa excuſandi ſe a tutela. 3. Quales liberi proſint ad excuſationem. 4. An emancipati. 5. An adoptivi. 6 An nepotes. 7. An defuncti in bello. 8. An naturales, & ſpurii. 9. Adminiſtratio rerum fiſci. 10. Item abſentia Reipublicæ cauſa. 11. Pariter Magiſtratus. 12. Nec non lis cum pupillo. 13. Aut multitudo tutelarum excuſant a tutela. 14. Item paupertas. 15. Adverſa valetudo. 16. Imperitia literarum. 17. Inimicitia capitales cum teſtatore. 18. Controverſia ſta-

ſtatus. 19. *Ætas-ſenilis.* 20. *Militia.* 21. *Profeſſura a tutelæ onere liberant.* 22. *Excuſatio an per viam appellationis proponi debeat.* 23. *An tutor debeat eſſe curator.*

CONNEXIO.

Supra ad rubricam præced. tit. dictum eſt, Imperatorem in his tribus ultimis titulis communia quædam, quæ promiſcue tam in tutoribus, quam curatoribus obtinent, tractare inſtituiſſe: abſoluto ergo I. capite tranſvehimur ad II. videl. ad excuſationes, & quidem recto ordine; ratio: quia in regulam quaſi abiit, tutores & curatores etiam invitos cogi ſubire onus tutelæ, & curæ. *l. 1. ff. de adminiſt. & peric. tut.* Eſt enim tutela munus publicum (puta, *authoritate*; utilitate enim privatum eſt) lex autem neminem voluit eſſe immunem a publicis muneribus, ſed quilibet ad munus publicum ſubeundum etiam invitus cogi poteſt. *l. 18. l. 19. C. de Curator. Schneid. hic n. 1.*

Limitatur tamen præfixa regula, ut non procedat, quando quis habet juſtam cauſam excuſationis, quarum aliquod in hujus tituli decurſu enumerabimus.

Ad princip.

1 Excuſatio autem eſt allegatio juſtæ cauſæ, qua quis tutelam, curamve deprecatur, ſeque hoc onere liberari petit. Juſtæ autem cauſæ variæ ſunt.

2 I. Eſt polipædia, ſeu certus liberorum numerus. Nam, ſi quis tres liberos Romæ habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis extraneis quinque, a tutela, vel cura poteſt excuſari. Ratio eſt: tum quia favore digni ſunt illi, qui liberis hominibus civitatem replent, *l. 1. ff. ſolut. matrim.* tum quia naturale eſt patrem a cura, & ſolicitudine propriorum liberorum non abſtrahi, ordinata enim charitas incipit a ſe ipſo. *l. 6. C. de ſervit. & aqua &c.* & ut ait *Cyn. in l. 30. C. de fideicom.* Lupus mordet carnes alienas, ſed ſuas lambit. *Schneid. n. 6.* Ratio eſt: quia numerus liberorum excuſat a reliquis muneribus publicis. *l. 1. §. 5. ff. de muner.* Tutela autem eſt munus publicum; ergo *Manz. n. 7.*

Cæterum ratio diverſitatis, cur in uno loco major, in alio minor numerus liberorum requiratur, forte eſt iſta; quia liberos habens Romæ proximius prodeſt Reipubl. quam habens in Italia, aut provinciis. *Schweb. hic. Manz. n. 8.* N. Oe. Gerhabſchafts-Ordnung. *tit. 4. §. 2.* deſiderat ſex liberos. Wann einer ſelbſt ſechs, oder mehr Ehe-leibliche Kinder noch in ſeinem Gewalt zu verſorgen hätte, der ſolle deſtwegen mit keiner Gerhabſchaft beſchweret werden.

Ad

Ad verſ. Sive.

3 Quoniam liberi in multiplici differentiâ ſunt, *aliqui in poteſtate conſtituti, alii emancipati, alii naturales, alii adoptivi, alii primi, alii ulterioris gradus, alii vivi, alii mortui.* Ideo

4 Q. I. *An emancipati ad excuſationem tutelæ proſint?* R. Imperator, quod tam ſui, quam emancipati proſint. Ratio quia hoc privilegium excuſationis non eſt effectus patriæ poteſtatis, ſed præmium, & remuneratio procreationis liberorum. *Braun. tract. de tutel. ad lib. 27. tit. 1. n. 22.*

5 Q. II. *An adoptivi proſint?* R. adoptanti non prodeſſe, quia adoptans non generat civem, nec auget numerum civium. *Harp. hic n. 7.* ceſſante ergo cauſa privilegii, ceſſat & ipſum privilegium. *Mant. n. 23.*

Dixi *adoptanti non prodeſſe*, proſunt enim patri naturali; quia cauſa, & ratio privilegii in hoc militat, nimirum multiplicatio hominum, & repletio civitatis. *Perez Inſt. hic.*

6 Q. III. *An tantum illi proſint, qui in primo gradu exiſtunt?* R. Etiam in ulteriori gradu conſtitutos, v. g. *nepotes ex filio*, prodeſſe; *ex filio*, intellige, *jam defuncto*: nam ſi pater adhuc ſuperſtes eſt, liberi ipſi, utpote patri ſuo pr[illegible]nt, non item avo: quia duobus ſimul prodeſſe non poſſunt. Quotquot autem fuerint nepotes ex uno filio, omnes pro uno tantum reputantur, & in locum patris ſui ingreſſi, vicem ejus repræſentant. *Harp. hic n. 5.*

Dixi notanter: *Nepotes ex filio*, nam ex filia nepotes non proſunt avo materno, cum duobus ſimul prodeſſe nequeant; proſint autem vel patri ſuo, vel ſi is jam obiit, avo paterno. *text. hic. & in l. 2. §. 7. ff. h. t. Braun. loc. cit. Mant. n. 18.*

Q. IV. *An ſuperſtites tantum, an etiam defuncti proſint?* R. Defunctos non prodeſſe. *text hic. & in l. 2. § 4. ff. h. t.* Ratio quia ceſſat cauſa privilegii quoad ipſos; ergo & privilegium: liberi enim mortui nihil amplius Reipubl. proſunt peræque, atque ſi nunquam nati fuiſſent: ceſſant deinde etiam onera quoad patrem, qui horum cura non amplius impeditur, quo minus tutelæ vacare poſſet. *Mant. n. 20. & Harp. n. 9. hic.*

Sed quid, ſi bello defuncti ſint? 7
Refert num in acie, num extra aciem amiſſi ſint? ſi hoc, forte quia in caſtris aut hyberniis mortui ſunt, tunc ad excuſationem non proſunt. *l. 18. ff. h. t.* Si illud forte quia in ipſa acie, & conflictu ceciderunt, & tunc proſunt ad excuſationem. Ratio eſt in textu qui enim pro Repub. ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur. *Harp. n. 9. hic.*

Q. V. An idem dicendum de illis, qui extra aciem quidem, ſed tamen ex vulnere in acie accepto mortui ſunt? R. *Affirmative.* Ita *Harp. n. 10. Ludwell. hic n. 1. Braun. tract. de tut. h. t. n. 21.* Ratio: quia tales non minus intelliguntur cecidiſſe pro Republica, quam illi, qui in acie perierunt, cum paria ſint, ſaltem in favorabilibus, mortuum eſſe, & lethaliter vulneratum eſſe; & quæ in continenti fiunt, ineſſe videntur, diſſent. *Schned. hic n. 7.*

 Q. VI.

8 Q. VI. Quid tandem Juris *de liberis naturalibus, & ſpuriis*, anne illi proſint ad excuſationem? ℞. non prodeſſe. Ratio: ne parentes ex ſuo delicto præmium habere videantur. *l. 2. §. 3. h. t. Manz. hic n. 22.*

Pariter etiam ad excuſationem non proſunt, qui adhuc in utero exiſtunt. *l. 2. §. 6. ff. h. t.* quia nondum natus homo, non recte fuiſſe dicitur. *l. 9. ff. ad leg. falcid. Manz. hic n. 23.*

Dices: *Qui in utero eſt, habetur pro jam nato; l. pen. ff. de ſtat. hom.* ergo ſi nati liberi proſunt ad excuſationem, etiam poſthumi proderunt; cum fictio tantum operetur in caſu ficto, quantum veritas in caſu vero. ℞. *diſt. ant.* qui in utero eſt, habetur pro jam nato, ſi de ipſius commodo quæritur, *conc.* ſi de commodo tertii, *neg.* atqui in præſenti non quæritur de commodo ipſius poſthumi, ſed de commodo tertii, nempe patris volentis ſe excuſare a tutela, vel cura. *Braun. loc. cit. n. 19.*

§. Item D. Marcus I.

9 II. Cauſa excuſans a tutela eſt *adminiſtratio rerum fiſci.* Qui enim res fiſci adminiſtrat, a tutela, & cura, quamdiu adminiſtrat, excuſatur.

Idem eſt in illis, qui adminiſtrant rem privatam Principis, *l. 41. ff. h. t.* qui præfecturam annonæ gerunt, *d. l. 41. §. 1.* Item exactores tributorum, *l. 10. Cod. eod.* Denique omnes, quibus Princeps curam alicujus rei injunxit, donec curam gerunt, excuſantur. *l. 22. §. 2. h. t.* Ratio horum omnium eſt iſta: quia publica utilitas præferenda eſt privatæ. *auth. res quæ Cod. commun. de legat.* Ratio alia: ne occaſione negotiorum pupillarium avocetur ab adminiſtratione cauſæ publicæ. *Manz. n. 1.* Hodiernis moribus referri huc poſſunt, die Rentmeiſter, Cammermeiſter, Steur-Buchhalter, Steur-Caſſier, Steur-Einnehmer, und andere Rent-Cammer-Bediente. Illud certum eſt, quod tutelam jam cœptam, licet poſtea adminiſtratio rerum fiſci ipſis deferatur, deſerere non poſſint, *l. 21 ff h. t. Braun loc. cit. n. 28.* vide quoque N. Oe. Gerhabſchafts-Ordnung. *tit. 6. §. 2. vers.* Vierdtens, ubi omnes ab onere tutelæ eximuntur, qui conſiliarii ſunt, aut alii laborioſo muneri præfecti.

§. Item qui 2.

10 III. Cauſa excuſationis eſt: *Abſentia Reipub. cauſa.* Ratio eadem eſt, quæ ſupra: quia publica privatis ſunt anteponenda *Manz. 2. hic.* Reipub. autem cauſa abeſſe dicuntur, v. g. *milites, eorumque duces, tribuni, &c.* Item legati, *Amboſciatores, &c.* Imo & horum *comites, & miniſtri. l. adminiſtrantes 41. § eorum 1 ff. h. t.* Sicut enim ſecuritas, vel ſalvus conductus con-

conceſſus alicui, intelligitur quoque datus comitibus, & ejus familiæ; ita & privilegium excuſationis datum legato, cenſetur etiam ejus miniſtris datum, *Schneid. n 3.*

Dicta adeo vera ſunt, ut procedant non tantum de eo, qui jam defacto abſens eſt, ſed & de eo, qui propediem abſfuturus, & profecturus eſt. *d. l. 41. §. 2. ff. eod.* Item de eo, qui ſe itineri præparat. *l. 5. ff. de legat.* Ratio: quia potentia propingua actui, pro actu habetur, & paria ſunt, aliquid factum eſſe, vel de proximo faciendum. *Manz. n. 2. hic.*

Itaque is, qui Reipub. cauſa abeſt, non a ſuſcipienda tantum, ſed & a ſuſcepta tutela excuſatur; hoc tamen diſcrimine, ut a ſuſcipienda tutela, ſi reverſus fuerit, anni adhuc vacationem habeat. *text. hic & in l. 10. §. 2. Ludwell. hic.*

Sed quomodo interea conſultum pupillo? ℞. quod interea ei ſit dandus curator, ne ſit indefenſus. Ratio, quare curator, non tutor, eſt hæc: quia abſens non deſinit eſſe tutor; ergo tutorem habenti tutor dari non poteſt. *Manz. n. 8.*

Non adverſatur *L. 3. §. 10. ff. de ſuſpect. tut.* ubi dicitur in locum tutoris Reipub. cauſa abſentis poſſe alium tutorem peti, & dari poſſe ſupponitur in *L. 12. ff. de tutel.* Non inquam, hoc adverſatur ℞. enim I. per vocem tutoris *dd. ll.* intelligi curatorem, ut proinde ex errore typi, aut ſcriptura tutor pro curatore ſcriptus ſit; at ſubolita mihi videtur hæc ſolutio; ideo ℞. II. regulariter quidem in locum ejus, qui Reipub. cauſa abeſt, dari curatorem, interdum verum etiam tutorem, tunc nimirum, ſi tutor abſens, vel abſfuturus id deſideravit, intelligens forte, id magis profuturum pupillo, cum ſint aliqui actus, qui neceſſario exigunt interventum tutoris, ut eſt aditio hæreditatis. *l. 17. §. 1. ff. de appellat. Harp. hic n. 7.*

De Jure Auſtriaco ita ſancitum eſt:

Achtens, ſollen unſere Bottſchaffter, Abgeſandten, und Reſidenten, ſo lang ſie in unſeren Dienſten abweſend ſeynd, nicht allein mit neuen Gerhabſchafften wider ihren Willen von einem Teſtirer, oder von der Obrigkeit, nicht belegt, ſondern auch deren, die ſie etwo vorhero gehabt, auf ordentliches Begehren, jedoch gegen ſchuldiger Verraitung, entlaſſen, und die Pupillen mit anderen Gerhaben verſehen werden.

§. Et qui 3.

11 IV. Excuſationis cauſa eſt: *Magiſtratus, dignitas,* ſive *poteſtas,* cujus cauſæ eadem eſt ratio, quæ prioris, favor ſcilicet Reipub. *Harp. hic.* Talem autem poteſtatem habent it, qui ſunt in Imperio Magiſtratus, & majorem honorem gerunt, qui quidem a ſuſcipienda tutela ſe excuſare poſſunt, ſuſceptam tamen deſerere non poſſunt, ratio: quia multa impediuntur ab initio, quæ poſtea firma ſunt, & facta non tolluntur. *Schneid. h. t.*

§. Item

telas, alter non vocabitur ad quartam. Denique, ut multa paucis complectar: una & eadem domus, i. e. familia, non poteſt plus, quam tribus tutelis, onerari; nec refert, an tutelæ illæ penes unum ſint, an penes diverſos, ut ſi pater unam gerat, filius duas, vel econtra. *Cujac. in l. 2. ff. h. t. Brunn. loc. cit. n. 24.*

Plane interdum neque tres tutelæ ſufficiunt ad excuſationem a quarta: ut ſi una ex iis valde modici patrimonii ſit, & inde nullius, aut exigui oneris; talis enim in numerum tutelarum non cedit. *l. 15. § 15. ff. h. t.* Ratio eſt quia, ut Cujacius ſcribit, tres tutelæ, ex patrimonii, & oneris qualitate æſtimantur, & ideo non tam tres tutelæ, quam potius tria onera tutelarum excuſant. Idem dicendum, ſi una ex tribus tutelis jam prope finem ſit, ut quia pupillus agit annum 14. vel tempus, ad quod tutor datus eſt, fere elapſum eſt: nam neque talis tutela pro tutela cedit, conſequenter nec a quarta excuſationem præbet. *l. 17 ff. eod.* Ratio eſt: quia onus, quod gerendum reſtat, videtur exiguum ob brevitatem temporis, & quia mox finiendum, habetur pro finito *Menz. n. 7.*

Econtra interdum duæ tantum tutelæ ad excuſationem ſufficiunt, ſi nempe una ex illis ita onoroſa ſit, ut duabus æquivaleat.

Denique & una tutela ad excuſationem poteſt ſufficere, ſi nempe illa ita diffuſa, moleſta, & negotioſa ſit, ut pro tribus cedat. *l. 31. §. 4. ff. h. t.* Ratio eſt: quia non præciſe numerus tutelarum, ſed difficultas rationum conficiendarum, & reddendarum conſideranda eſt. *d. l. 31. §. 4. in fin.* Quando autem tutela talis cenſeri debeat, ut pro duabus aut pluribus valeat, Judicis arbitrio relinquitur. *Cujac. in d. l.* [illegible] *a. Rachov. & Vinn. inſt. h. t. Schneid. n. 2 & bien. 4.* Concordat Jus Au[illegible] *loc. cit.* Drittens, daß er vorhero mit drey müheſamen, der Rattung unterworffenen Gerhabſchafften, ſie ſeynd gleich unter Befreundten, oder Fremden, oder auch nur mit einer ſehr ſchweren, und weitläuffigen Gerhabſchaft beladen.

Dixi II. *Omnes diverſi patrimonii*; ſi enim unum patrimonium ſit, licet plurium pupillorum, una tantum tutela eſt. Ratio: quia non pupillorum numerus, ſed patrimoniorum diverſitas plures tutelas facit. *l. 3. ff. eod.* quare ſi tres fratres conſortes ſint, & vel omnibus tutor datus, vel omnibus curator, vel quibusdam tutor, quibusdam curator, una tutela eſt, una cura eſt, unum onus eſt. Contra, ſi tres fratres diſſortes ſint, tres tutelæ, vel curæ ſunt. *d. l. 3.* Fratres autem conſortes dicimus, qui unum indiviſum patrimonium habent; diſſortes, qui diviſum. *Brunn. n. 27. Harp. n. 4. hic.*

Dixi III. *Non affectate ſuſceptas.* Nam tutelæ affectatæ in numerum tutelarum non cedunt. *l. 15. §. 15. ff. h. t.* Affectatæ autem dicuntur, quæ ſtudio quæſitæ, vel ambitæ ſunt. Ratio, cur non proſint, eſt: quia affectatum non reputatur oneroſum, juxta verſ.

Hoc portat leviter, quod portat quisque libenter.

Dixi IV. *Eodem tempore adminiſtrat.* Quia, ſi unam jam depoſuit, a noviter de-

delata non excuſatur; quia ceſſante cauſa privilegii, ſcilicet onere adminiſtrationis, ceſſat privilegium. *Manz. n. 7.*

§. Sed & 6.

14 VII. Cauſa excuſationis eſt, *Paupertas*; qui enim ita paupertate, & egeſtate premitur, ut operi, & oneri tutelæ impar ſit, forte quia vix ſibi vitæ neceſſaria quærere valet, excuſatur ab onere tutelæ. Ratio: quia oneratus non eſt magis onerandus, atque pauper in eo ſufficienter oneratus, & occupatus eſt, ut victum ſibi quærat. *Manz. n. 1. hic.* Cum autem divitiæ, & paupertas, quia mera ſint accidentia, non præſumantur, idcirco, qui in paupertate ſe fundat, eam probare tenetur. *Harp. n. 1.* Quæ autem, & quanta paupertas ad excuſationem ſufficiat, Judicis arbitrio determinandum relinquitur. *Harp. n. 2.*

Colligunt aliqui ex hoc §. ſubinde prodeſſe paupertatem. Sed ab hoc prodeſſe libera nos Domine. *Manz. n. 3.*

§. Item propter 7.

15 VIII. Cauſa excuſationis eſt, *Adverſa valetudo*, vel *morbus*, dummodo talis ſit, ut etiam quis propria negotia adminiſtrare non poſſit, ratio: quia lex nolait aliquem obligare ad impoſſibilia. *l. 185. ff. de R. I.* Imo & pupillo damnoſum foret, ſi tutelæ munus valetudinario injungeretur. *l. penult. ff. h. t. Manz. hic.*

Quis autem valetudinarius dicendus ſit, arbitrio Judicis relinquitur. Illud certum eſt, huc pertinere *tabeſcentes*, *epilepticos*, *paralyticos*, *hydropicos*, *febricitantes*, *podagricos &c.* *Braun. loc. cit. n. 35.*

§. Similiter 8.

16 IX. Cauſa excuſans eſt, *Imperitia literarum.* Qui enim rudis eſt literarum, ita, ut neque ſcribere, neque legere poſſit, & ſimul etiam negotiorum expers, ut rem domeſticam non poſſit debite curare, excuſatur a tutela, & cura. *text. hic.* ergo ſola imperitia literarum non excuſat, cum poſſit tutor in conſcribendis rationibus vicaria opera uti, ſed imperitia literarum conjuncta cum imperitia œconomica, vel cum ſtupiditate quadam, excludente ſagacitatem, & prudentiam rei familiaris: qualis non raro reperitur in ruſticis, & literarum penitus ignaris. *Schneid. & Manz. hic.*

Plane, ſi tutela valde diffuſa, & negotioſa foret, puto omnino audiendam eſſe excuſationem ejus, qui objicit imperitiam literarum. Nam eſto hic forte ad alia gerenda idoneus ſit, ut tamen omnia credat memoriæ, ab eo exigi non oportet: neque ſatis tutum, confectionem rationum per omnia alterius fidei committere. *Braun. tract. de tutel. h. t. n. 37.*

§. Item

Digitized by Google

§. Item ſi 9.

X. Excuſationis cauſa eſt; *Injuria, vexatio, & malevolentia ipſius teſtatoris.* Nam ſi quis propter inimicitias a patre teſtamento tutor datus eſt, forte, quia pater ſcivit, ſe magnum æs alienum, & implicata negotia relicturum eſſe, & ideo tutorem ſcripſit, ut eum ſupponat magnis laboribus, moleſtiis, & periculis; hoc, inquam, in caſu excuſatur tutor, ratio: quia tutelæ datio non debet procedere ex propoſito nocendi tutori, ſed ex benevolentia, & amoris utilitatis pupillaris Aliud dicendum, ſi teſtator bona mente dederit tutorem, cui antea infenſus fuit, nam hoc ipſo intelligitur poſuiſſe iratum animum, & offenſæ gratiam feciſſe tutori. *Braun. n. 43.*

Ad verſ. Sicut per.

In hoc ꝟ obiter, & incidenter ab Imperatore generalis quædam omnium ferè cauſarum, quæ excuſationem præſtant, limitatio adducitur, nempe hæc: licet quis alias habeat juſtam excuſationis cauſam, nihilominus ſi patri pupillorum promiſerit, forte in agonia, ſe fore tutorem liberorum, excuſari ab hac tutela non poſſit. *text. hic & in l. 15 §. 1. ff. h. t.* Ratio eſt: quia omne promiſſum cadit in debitum. Ratio alia: quia cuilibet permiſſum eſt favori pro ſe introducto renuntiare; *l. pen. C. de pact.* atqui per iſtam promiſſionem cenſetur tutor excuſationibus ſuis renuntiaſſe, ergo niſi nova excuſatio ſupervenerit, adminiſtrationem ſuſcipere debebit. *Manz. n. 6. hic.*

§. Non eſſe 10.

Qui ſe ignotum patri, vel matri pupilli dicit, ea propter excuſandus non eſt, ratio eſt: quia licet aliquis ſit ignotus de facie, poteſt tamen notus eſſe de fama, vel aliqua virtute fortaſſis cognitus. *Manz. n. 3.*

§. Inimicitiæ 11.

17 XI Excuſationis cauſa ſunt, *Inimicitiæ*; qui enim inimicitias cum patre pupilli, vel adulti exercuit, ſi capitales fuerint, nec reconciliatio intervenerit, a tutela, vel cura excuſatur. *text. hic.* Ratio: quia iratus nocere cupiet, vel læſus ulciſci ſe volet. Plerumque enim accidit, ut inimicitias ſequatur nocendi voluntas. *Perez Inſt. hic.*

Dixi I. *Cum patre pupilli, vel adulti.* Idem eſt, ſi tutor ipſi pupillo, vel curator ipſi adulto inimicus ſit. *l. 3. §. 12. ff. de ſuſpect. tut.*

Dixi II. *Si capitales fuerint.* Non capitales non excuſant. Capitales inimicitias dicimus, quæ vitam, libertatem, vel exiſtimationem lædunt *arg. l. 103 ff. de V. T.* vel potius, quas Judex pro conditione perſonarum, & qualitate facti tales eſſe judicaverit. *Schneid. hic n. 8.*

Dixi III. *Nec reconciliatio intervenerit.* Solet autem intervenire dupliciter, *aperte*, & *tacite.* Aperte, ut ſi qui fuerint inimici, mutua familiaritate redeant in gratiam. Tacite, ut ſi pater eum

eum, cui hactenus juſte infenſus fuit, teſtamento tutorem ſcribat; nam ſi bona mente fecit, intelligitur hoc ipſo injuriam remiſiſſe. *l. 1. 6. §. 17. ff. h. t. Braun. n. 45.*

§. Item is 12.

18 XII Excuſationis cauſa eſt, *Controverſia ſtatus*, h. e. lis, & quæſtio ſuper eo, an quis ſit ſervus, vel liber? ingenuus, vel libertus? Nam ſi pater pupilli moviſſet alicui quæſtionem ſtatus, aſſerendo eum eſſe ſervum, vel libertum, talis poſtea tutor datus ſe excuſare poſſet. Ratio: quia ex tali controverſia oriri ſolet gravis inimicitia, & animorum exacerbatio. Ratio ulterior: quia metuitur fore, ut injuriam a patre ſibi factam in pupillo ulciſcatur. *Menz. n. 2.*

Cæterum, ſi quis calumnioſe moveret quæſtionem ſtatus pupillo, ut tutelæ munus evitaret, nequaquam excuſaretur. *l. c. §. amplius ff. h. t.* Sicuti in ſimili, ſi quis volenti contra ſe teſtimonium ferre, impingeret alapam, ut eum tanquam inimicum a teſtimonii dictione repelleret, non juvaretur. *Harp. hic.*

§. Item major 13.

19 XIII. Excuſationis cauſa eſt, *Ætas ſenilis.* Qui enim major eſt LXX. annis, ad tutelam, curamve vocatus, ſe poteſt excuſare. Ratio eſt partim honos, & reverentia debita ſenectuti, quam convenit poſt emenſos tot annos degere in quiete, partim quia tantæ ætatis homines incipiunt iterum pueraſcere, ut vix ſuis rebus commode præeſſe poſſint. Partim etiam, quia, ut diximus, morbus a tutela excuſat; ergo & ſenectus. Nam, ut Ariſtoteles ait: *Morbus eſt ſenectus aſcititia. Senectus autem eſt morbus naturalis. Braun. n. 13. loc. cit.*

Requiritur autem, ut is, qui ob majorem ætatem ſe vult excuſare, LXX. annum compleverit. Nam in immunitatibus, ſive privilegiis, & excuſationibus annus cœptus pro completo non habetur. *l. 3. ff. de Jure immunitat.* adeo, ut is, qui agit ſupremum diem anni LXX. eo die ad tutelam vocatus non excuſetur, cum major ſeptuagenario eſſe debeat. *Harp. n. 3.*

Obj. l. 3. Cod. qui ætate, vel profeſſione ſe excuſant, ubi dicitur, *manifeſti Juris eſt, majores quinquaginta quinque annis invitos ad munera perſonalia vocari non poſſe*; ergo etiam, qui major eſt LV. annis, non poteſt invitus vocari ad tutelam, cum & hæc munus perſonale ſit, ergo ad excuſationem a tutela non requiruntur ſeptuaginta anni completi.

℞. I. *in d. l. 3.* pro LV. legendum eſſe ſeptuaginta. Confirmatur hoc ex verbis ſtatim ſubſequentibus: *Cumtoque ſeptuagenario majorem te eſſe profiteris, tueri te potes Jure conceſſo. Harp. hic. n. 3.*

℞. Legem oppoſitam loqui de muneribus mere perſonalibus, quæ potiſſimum opera, & labore corporis expediuntur. *Braun. n. 14. loc. cit. h. t. Menz. n. 5.*

Ad

Ad verſ. Minores.

Olim & ille, qui minor erat XXV. annis, excuſabatur a tutela legitima. Sed Juſtiniani conſtitutione prohibetur ad tutelam, curamve aſpirare, adeo, ut nec opus ſit excuſatione § 13. *hic.* ubi ratio additur cum ſit incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus ſuis adminiſtrandis egere noſcuntur, & ab aliis reguntur, aliorum tutelam, vel curam ſubire. Ratio alia eſt. quia inutile eſt pupillo, ejusmodi habere tutorem, qui reſtitui poſſit interdum etiam contra pupillum. Hoc interim verum manet, quod ſupra §. 2. *qui teſtam. tut. dar. poſſ* dictum fuit, minorem in teſtamento tutorem dari poſſe; ita tamen, ut usque ad ætatem legitimam adminiſtrationem non poſſit ſuſcipere. *Manz. n. 10.*

§. Item & in milite 14.

20 XIV. Excuſationis cauſa eſt, *Militia.* Nam & milites, ſicuti minores, licet volentes, ad tutelæ onus non admittuntur, idque ideo, ne a ſignis, & caſtris avocentur, atque ita res publica detrimentum ſentiat. Veterani vero, qui ſcilicet honeſte miſſi ſunt, & ſacramento ſoluti, perpetuo excuſantur a tutela paganorum, non vero a tutela una filiorum conveterani. Adverſus commilitonum filios vocationem ſaltem per annum habent, & non diutius. *l. 2. ff. h. t.* ignominioſe miſſi perinde habentur, ac ſi nunquam milites fuiſſent, non ergo excuſantur, licet ab oneribus excludantur. *Perez. hic.*

An idem de militibus cœleſtis militiæ dicendum ſit, vide *Manz. hic n. 7.* de Jure Auſtriac. ita ſe habet: Die Kriegs-Leut, ſo lang ſie in unſeren Kriegs-Dienſten würcklich begriffen, ſollen gleichfalls der Gerhabſchaft befreyet ſeyn. *d. loc.* §. 2.

§. Item Romæ 15.

21 XV. Excuſationis cauſa eſt, *Profeſſura artium liberalium.* Etenim Romæ Grammatici, Rhetores, & Medici, & qui in patria ſua has artes exercent, & intra numerum ſunt, a tutela, & cura habent excuſationem. *l. 6. ff. h. t.* Ratio: quia publice juvenibus proſunt, & Reipubl. intereſt habere viros doctos, per quorum ſcientiam totus illuminetur mundus. *auth. habita. C. ne filius pro patre*, & nemo abſtrahendus eſt ab opere, a quo dependet Reipubl. utilitas *Manz. n. 2.*

Ut autem profeſſores hac immunitate gaudeant, III. conditiones requiruntur.

I. Eſt, ut illas artes exerceant, ac officio ſuo ſedulo fungantur. *text. hic.* in verbo: *exercent.* neque circa operationem ſuam negligenter ſe habeant. Unde aliqui inferunt, quod ſcholaris, ſive ſtudioſus, non gaudeat privilegiis ſcholarium, licet ſit inſcriptus matriculæ, ſive albo ſtudioſorum, niſi lectiones frequentet, & diligenter ſtudeat. *Schneid. n. 6. hic. Harp. n. 19.* ubi prolixe hanc quæſt. diſcutit.

II. Conditio eſt, ut Romæ doceat,

vel in ſua patria, *text. hic & in l. 6. §. 11 ff. h. t.* Patria autem duplex eſt: *propria*, ſive *originalis*, ubi quis natus eſt, & *communis*, velmi Roma, quæ dicitur omnium civium Romanorum patria *l. eos, qui. 9. de vacat. & excuſat. mun.*

III. Conditio eſt, ut ſint intra numerum *l. 6. §. 4 ff. h. t.* quia ſupernumerarii non gaudent privilegiis numerariorum, numerus autem pro diverſitate civitatum hic erat: Minores civitates habebant quinque Medicos immunes, tres Rhetores, & totidem Grammaticos. Majores ſeptem Medicos, Rhetores quatuor, & tot Grammaticos. Maximæ decem Medicos, quinque Rhetores, & totidem Grammaticos. *Braun n. 41.*

Q. VII. *An legum Doctores, & Advocati etiam immunitate hoc gaudeant?* ℟. *negatur*, quia aptiores, & rerum magis expertes ſunt, ac proinde ad tutelam magis idonei. nam ipſorum prudentia pupillis utiliſſima eſt *Manz. § 14 n 11. h t.* Quod ſi legum Doctores aut Romæ doceant, *l. 6. §. 12 ff. h. t.* vel in conſilium Principis aſſumpti ſint, excuſantur. *l. 3. ff. h. t. Manz. n. 1 & Schmab. hic.*

§. Qui autem 16.

Q. Quid, ſi aliquis propoſuerit & allegaverit unam excuſationem, vel plures, & in illis probandis defecerit, an adhuc aliis uti poſſit? ℟. Imperator, omnino poſſe, ratio eſt: quia excuſationes ſunt quædam quaſi exceptiones, *nemo autem pluribus exceptionibus uti prohibetur. l. nemo. 8. ff. de except. l 43. ff. de R. I.* Modo tamen intra tempora conſtituta proponantur, quia ſunt paria, non fieri, aut poſt tempus conſtitutum fieri. *Manz. n. 1. & 2.*

Ad ℣. Qui autem.

22 Q. In hoc ℣. quomodo excuſatio proponenda: an per viam appellationis, ita, *ut aliquis intra decem dies ad ſuperiorem appellare debeat?*

Dixeris, quod ſic, ratio quia, ſi alicui per decretum aliquod munus imponatur, per quod ſe gravatum putat, ille debet ſtatim ab ipſo decreto appellare. *l. 1. ff. § 1. de vacat. muner.* ita ut, ſi appellationis auxilio non utatur, conſenſu ſuo nominationem confirmet; *l. 7. C. de appell.* ergo idem erit, ſi per decretum alicui tutela imponitur.

Verum hoc non obſtante, ℟. Imperator, quod tutores dati a decreto nominationis non appellent. *text. hic & in l. 1. § 1. ff. quando appell.*

Quod ſi tamen velint appellare, puto prohiberi non poſſe. *l. 13. ff. & l. 18. C. h. t.* ubi dicitur, *non habent neceſſe appellare.* Ex quo infertur: ergo poſſunt appellare, ſi velint. *Manz. n. 6. Harp. n. 4.*

Ad rationem dubitandi *conc. ant. neg. conſ.* Ratio differentiæ eſt quia tutela non eſt jurisdictionis, ſed ſpecialis conceſſionis. Non mirum ergo, quod appellatio in cæteris muneribus locum habeat, quia illa munera a Præſidibus, vel Decurionibus jurisdictionem habentibus imponuntur.

tur. Vide de his ſubtilitatibus, antiquis *Menn. n. 5. & Schumb. hic.* Ego circa hujus §. fuſiorem explicationem me detinere non volui, cum nulla exinde utilitas ſperari poſſit.

§. Datus 17.

Quid, ſi pupillus habeat bona in diverſis locis diffuſa, & ei tutor a teſtatore ſimpliciter datus ſit, quæ bona debet adminiſtrare? R. Univerſa. Ratio: quia tutor ſimpliciter datus, ad univerſum patrimonium datus eſſe creditur *text. hic.* Ratio rationis: quia tutor principaliter datur perſonæ, quæ individua eſt, ideo & ipſa tutela individua cenſetur. *Menn. hic.*

§. Qui tutelam 18.

23 Si quis tutor alicujus fuerit, is curator ejusdem invitus fieri non compellitur, tametſi id ipſum pater in teſtamento expreſſiſſet, ut non tantum tutor, ſed curator eſſet; ratio communiter datur: quia una gratia ſibi præſtita contentus eſſe debet. Excipitur libertus ſponte a defuncto manumiſſus, propter immenſum eidem collatum libertatis beneficium *l. 5. C. h. t.* De praxi, & conſuetudine locorum idem eſt curator, qui fuit tutor, quod expedire videtur, quia jam ante notitiam rerum gerendarum habet, quam alter primo acquirere deberet. Poſſunt tamen tutores, hac conſuetudine non obſtante, finita pubertate, tutelæ rationibus redditis adminiſtrationem deponere, & adulto curatorem dari petere, prout in Camera Spirenſi ſæpe factam reſtatur *Gail. l. 2. obſerv. 67. n. 7.*

§. Iidem 19.

XVI. Excuſationis cauſa eſt, *matrimonium.* Maritus enim a patre uxoris ſuæ in teſtamento, aut Magiſtratu errore Juris, vel facti curator datus, a curatione ſe excuſare poteſt. *text. hic.*

Dixi *errore Juris, vel facti:* quia de Jure maritus uxori non poteſt dari tutor. *l. 21. C. qui dare tut. poſſ.* Ut proinde improprie ſe excuſare dicatur; quia, etſi velit curator uxoris ſuæ eſſe, non poteſt. Ratio a DD. hæc aſſignatur: ne uxor propter nimiam affectionem jacturam bonorum ſuorum patiatur; quia, ſi maritus curam uxoris gereret, tunc illa per amorem, aut per metum ipſi remiſſionem faceret reddendarum rationum, quod ſi non faceret, tunc mutuus ille amor, & conjugalis affectus facile exſpiraret. *Mens. n. 4.*

Dicta autem procedunt *in bonis duntaxat receptitiis.* Pro hujus pleniori intellectu ſciendum, quod uxor tripli-

cia

cia bona habere dicatur: *Bona dotalia*, quæ loco dotis merito affert: *Paraphernalia*, quæ ultra dotem ei affert, nimirum *hæreditaria*, & *adventitia*, quæ ipſi ex ſucceſſione cognatorum, vel aliunde ex proſpera fortuna advenerunt. Denique *bona receptitia*, quæ uxor ad uſum, & diſpoſitionem ſuam reſervavit, nec mariti eſſe voluit. Et de his ultimis deciſio noſtri § ſortitur locum, non vero de prioribus, ratio: quia maritus bonorum dotalium quodammodo dominus eſt *L. pen. C. de Jure dot.* Bonorum autem paraphernalium legitimus adminiſtrator eſt *arg. l. fin. C. de pact. convent.* Ut ita fruſtra in his bonis de curatore proſpiciatur. *Manz. n. 8. 9. & 10.*

Dices: Maritus poteſt eſſe procurator in omnibus receptitiis uxoris; *l. 21. C. de procurat.* ergo etiam curator. *R. neg.* paritatem; quia procurator ex mero, & libero arbitrio domini revocari poteſt; curator vero a minorenni revocari, aut amoveri non poteſt. *Manz. n. 16. Schamb. hic & Harp. n. 9.*

Hæc procedunt de Jure communi, de conſuetudine enim noſtræ Germaniæ, uxores ſunt in poteſtate, vel ſaltem cura ſuorum maritorum, qui noſtro idiomate die Ehe-Vögt vocantur, & plerumque in judicio agunt nomine uxorio, vel curatorio. *Manz. n. 17.*

§. Finalis.

Si quis per falſo allegatas cauſas excuſationem a tutela prætendat, is audiendus non eſt, & ſi intra hoc tempus pupillo, vel rebus ejus damnum aliquod illatum fuerit, de reſarciendo tenetur. *Schneid. & Schamb. hic.* Ratio eſt: tum quia decreta, aut ſententiæ ex falſis inſtrumentis, atteſtationibus, & allegationibus latæ, ipſo Jure reſcinduntur *Harp. n. 3.* Tum quia dolus ſuus nemini debet patrocinari, & nemo debet ex delicto ſuo præmium reportare. *Manz. n. 4.*

TITU-

TITULUS XXVI.

De ſuſpectis Tutoribus, vel Curatoribus.

SUMMARIA.

1. Accuſatio ſuſpecti alia eſt civilis, 2. Alia criminalis. 3. Competit Jure ordinario. 4. Quilibet tutor, ut ſuſpectus, poſtulari poteſt. 5. Accuſare tutorem ut ſuſpectum quis poſſit? 6. An mulieres? 7. An impuberes? 8. Quis dicatur ſuſpectus. 9. Tutor remotus ob dolum fit infamis. 10. Dolus quid ſit? 11. Alius bonus, 12. Alius malus. 13. Culpa in genere definitur. 14. Dividitur in latam, levem, & leviſſimam. 15. Culpa lata quid ſit? 16. Quid levis? 17. Quid leviſſima? 18. Caſus fortuitus deſcribitur. 19. Quam culpam præſtet tutor? 20 Quæ ſint cauſa ſuſpicionis? 21. Infamia quid ſit? 22. Alia Juris, alia facti. 23. Quis cujuslibet effectus? 24. An tutor ob latam culpam remotus fiat infamis? 25. An lite pendente tutor relinquatur in adminiſtratione? 26. Quomodo finiatur cognitio ſuſpecti. 27. Pauper an ut ſuſpectus tutor removendus ſit?

TRANSITIO.

SUperiori tit. dictum eſt, quomodo tutores, & curatores ſe a tutela, & curatela excuſare poſſint, ſi velint: jam vero, cum nonnunquam etiam inviti removeantur, ſi nimirum ſuſpecti fiant, forte, quia non ex fide adminiſtrant tutelam, ideo Imperator explicat, quinam removeantur ut ſuſpecti. *Dices:* Quid prodeſt pupillo, quod tutor, vel curator removeatur, ut ſuſpectus! numquid eidem ſufficienter actione tutelæ proſpectum eſt. ℟. Propterea removeri poſſe tutores, ſi ſuſpecti fiant, quia melius eſt, Jura intacta ſervari ab initio, quam poſt vulneratam cauſam remedium quærere *L. ult. C. in quib. cauſ. in integ. reſtit. Harp. n. 1.*

Ad Princip.

Q. hic: Unde deſcendat ſuſpecti crimen? ℟. Illud deſcendere ex L. XII. *tab.* cum enim omnia alia, quæ ad materiam tutelarum pertinent, ex iſta lege dimanent, ergo etiam conveniens erat, ut ex eadem lege ſuſpecti crimen vindicaretur *Manz. n. 3. hic.*

1 Suſpecti autem accuſatio duplex eſt; alia *Civilis*, alia *Criminalis*. *Civilis* eſt, quando civiliter agitur, & petitur, ut tutor, vel curator declaretur ſuſpectus, atque ab adminiſtratione removeatur, rationem tutelæ reddat, ac reliqua reſtituat. *Criminalis* eſt, quando tutor, vel curator accuſatur. *Chlingenſp. Inſt. h. t. q. 1, Schневd. n. 4. Schamb. hic.*

§. Datum 1.

2 Quemadmodum tutoris datio nec juriſdictionis, nec imperii, ſed ſpecialis tantummodo conceſſionis eſt, *l. 6. § 2. ff. de tutelis*, Ita & facultas de ſuſpecti tutoris crimine cognoſcendi ſpecialis conceſſionis eſt. Hinc Romæ Prætor, in Provinciis Præſides, de ſuſpectis tutoribus cognoſcere poſſunt. *text. hic.*

Hodie de Jure novo, quo inſpecto dario tutoris eſt juriſdictionis ordinariæ, quilibet Magiſtratus de ſuſpectis cognoſcit; nihil enim tam naturale eſt, quam unumquodque eo modo diſſolvi, quo colligatur. *Harp. n. 3. Franz. n. 14. in fine. Zoëſ. ff. h. t. Schneid. n. 1.* 3

§. Oſtendimus 2.

4 Traditur hic regula, quod omnes indiſtincte tutores tanquam ſuſpecti poſtulari poſſint, & quidem imprimis teſtamentarius. *text. hic. & l. 1. §. 5. ff. h. t. juncta l. 9. Cod. eod.*

Non obſtat, quod fides, & induſtria a teſtatore approbata ſit, *princip. Inſt. de ſatisdat.* quid enim tum? numquid fieri poteſt, ut qui primum bonæ vitæ vel frugi videbatur, poſtea male converſari incipiat? nunquid fieri poteſt, ut morum improbitas antea palliata, tandem, deterſa caligine, in lucem fumet? numquid fieri poteſt, ut qui prius bonus, juſtus, parcus, & pupillo utilis fuit, deinde malus, iniquus, prodigus, pupillo noxius reddatur? tutius proinde eſt, & pupillo utilius, ut neque teſtamentario tutori accuſatione ſuſpecti parcatur. *Franz. n. 10. Schneid. n. 2. Harp. n. 1. hic.*

Deinde tanquam ſuſpectus accuſari poteſt tutor legitimus, qui neceſſitudine, vel affinitate pupillo conjungitur. Interim vero, cum ſuſpecti poſtulatio quandoque infamiam irroget; *§ 6. Inſt. h. t. l. 4. §. 1. ff. eod.* Infamia autem uni ex familia illata, totam familiam perſtringat, & ſic in ipſum pupillum ejusmodi ſuſpecti accuſatio redundaret: ideo cavendum eſt, ut poſtulatio ſuſpecti moderatis verbis proponatur, mentio doli omittatur, aut potius pupillo curator adjungatur. *arg. l. 11. §. 1. ff. de dolo malo. & l. 5. §. 2. ff. de obſequiis parent. & patron. præſtand. Franz. n. 10. Manz. n. 7. hic. Braun. tract. de tut. ad lib. 26. tit. 10. n. 16 Brunnem. in l. 9. ff. h. tit n. 2.*

De Attiliano tutore, maxime ſine inquiſitione dato, quin tanquam ſuſpectus accuſari, & removeri poſſit, nullus eſt, qui ambigat. *text. & DD. hic.*

§. Conſequens 3.

5 Q. hic, quinam poſſint tutores, vel curatores tanquam ſuſpectos accuſare? Et R. Accuſationem quaſi publicam eſſe, adeoque ad illam quemlibet de populo admitti, haud aliter, ac in cæteris judiciis publicis. *text. hic. & l. 1. §. 6. ff. h. t.*

Ad

Ad ℣. Quin imo.

6 Quamvis regulariter mulieribus, non niſi certis ex cauſis, permiſſum ſit publico judicio quemquam facere reum, *l. 1 & 2, l. 8. ff. de accuſat.* Singulari tamen pupillorum favore ad accuſationem tutoris, tanquam ſuſpecti, mater, avia, ſoror, & nutrix admittuntur. *text. hic. Hop. n. 5.*

Sed quid de cæteris mulieribus, quæ nullo vinculo neceſſitudinis pupillo junctæ ſunt, admittenturne & illæ ad accuſationem ſuſpecti? R. *Imperator*, ſi ſola pietate in pupillum, & injuria, quam eidem inferri cernunt, commotæ, ad accuſandum proſiliant, & ſexus verecundiam non egrediantur, omnino illas admittendas eſſe *text. hic. & l. 1. § 7. ff. h. t.* Ratio non eſt alia, quam merus pupillorum favor. *Manz. n. 9. Mynſing in fin. & Vinn. hic.*

§. Impuberes 4.

7 Impuberes non poſſunt tutores ſuos ſuſpectos poſtulare. *text hic* Ratio eſt: quia in poſtulandis tutoribus, tanquam ſuſpectis, certo, & maturo animi judicio opus, ad perpendendum, an tutor quid ſegniter, aut fraudulenter gerat; tali autem judicio impuberes catere, quis eſt, qui neſcit, quod, jugum ut excuterent, quæque fingerent, & cauſas ſuſpicionis evitarent? ſunt enim impuberes ad mentiendum faciles. *l. 5. ff. de quaſt. Vin. loc. cit.*

Ad verſ. puberes.

Cæterum puberes curatores ſuos ut ſuſpectos poſtulare poſſunt, non tamen per ſe ſoli, ſed ex conſilio neceſſariorum ſuorum: quod conſilium ideo requiritur, ne alias ætatis lubrico ducti temere notent curatores. *Manz. n. 12.* Si neceſſarii conſentire renuant, poterit implorare officium judicis, ut hic ex officio inquirat *l. 3. § 1. ff. h. t.*

De Jure Auſtriaco non pupilli duntaxat agnatis, & cognatis, ſed & contutoribus, nec non Magiſtratibus rigoroſe impoſitum eſt, ut de adminiſtratione tutorum ſedulam, & ſollicitam curam gerant. *N. Oe.* Gerhabſchafts-Ordnung *tit. 11 §. 2* Und obwohlen denen Befreundten, und Mit-Gerhaben hierauf fleiſſige Obſicht zu haben, und es der Obrigkeit anzuzeigen gebühret, ſo wollen wir doch allen, und jeden Obrigkeiten hiemit ernſtlich eingebunden haben, daß ſie vor ſich ſelbſten auf der Gerhaben Handlungen fleiſſig Achtung geben.

§. Suſpectus 5.

8 Suſpectus ille dicitur, qui non ex fide tutelam, vel curam gerit, h. e. qui male graſſatur, vel fraudulenter in rebus pupilli, vel minoris verſatur, bona diſſipando, profundendo, aut in proprios uſus res pupillares convertendo.

Quid

Quid ſi tutor tanquam ſuſpectus accuſatus tegerat, ſe ſolvendo eſſe, & finita tutela de male geſtis rationem reddere velle? Nihilominus tamen removendus erit; melius enim eſt pupillorum Jura intacta ſervare, quam poſt vulneratam cauſam remedium quærere. *text. hic.*

Quid ſiquis dicatur ſuſpectus, priusquam tutelam gerere incipiat? Erit & talis ut quaſi ſuſpectus removendus. *text. hic, & l. 3. §. fin. ff. h. t.* Dico, *quaſi ſuſpectus*, proptie enim removeri non poteſt, quia tutor non fuit. *Schamb. & Manz. hic.*

§. Suſpectus 6.

9 Effectus accuſationis ſuſpecti eſt remotio tutoris, quæ ſi fiat ob dolum in adminiſtratione admiſſum, infamiam irrogat. Si vero tutor ob culpam ſolummodo removeatur ut ſuſpectus, exiſtimationem illæſam ſervat. *text. hic, & l. 3. §. ult. ff. h. t.*

Illud tamen ad irrogandam tutori infamiam requiritur, ut Judex cauſam remotionis, intellige dolum, in decreto differte expreſſerit, *l. 4. § 1. ff. h. t.* & in hunc forte modum pronuntiaverit: Weilen genugſam dargethan, daß Sempronius betrüglich, und ſeinen Pupillen zu Schaden, ihme aber ſelbſt zum Vortheil die Vormundſchaft verwaltet, ꝛc. Sin Judex expreſſam doli mentionem in decreto non fecit, tutor remotus infamis non redditur, forte quia taliter pronuntiavit: Weilen genugſam erwieſen, daß Beklagter ein- und anderes dem Pupillen zu Schaden verſehen, und alſo zu der Adminiſtration nicht tauglich, ꝛc. *Brunnem. in d. l. 2. § 1. & 2.*

Porro cum occaſione hujus § vehementer inter ſe collidantur AA. atque expeditum non ſit, de qua culpa illa verba: *Ob culpam non æque*, intelligenda ſint, ideo priusquam in hac obſtante difficultate noſtram mentem aperiamus, duxi, non abs re fore, ſi ſeqq IV. diſcutiantur quæſtiones.

I Eſt, quid & quotuplex ſit dolus, & culpa? II. quam culpam præſter tutor? III. quæ ſint cauſæ ſuſpicionis, & remotionis? IV. quid, & quotuplex ſit infamia? Itaque

Q. I. *Quid, & quotuplex ſit dolus, & culpa?* ℞. Quod dolus in genere 10
a variis varie definiatur, placet: quod ſit juvandi, nocendique cauſa ſimulatio, *Bargal. de dolo, & culpa lib. 1. cap. 1. Harp. Inſt. §. 2. de obligat. n. 66.*

Alius eſt *bonus*, alius eſt *malus.* 11
Dolus *bonus* eſt ſolertia, & quædam aſtutia, qua aliquid machinamur in hoſtem, aut latronem. *Can. Dominus, cauſ. 23. q. 2.* ſive, qua fraudem alias nobis nocituram excludimus. *l. 1 §. 2. & 3. ff. de dolo malo. Schamb. Inſt. hic.* Exempla doli boni plurima recenſet *Bargal. loc. cit. cap. 2. n. 6. & ſeqq.* Mihi illud præ cæteris placet, quod ſcriptum legimus de B. Athanaſio, qui cum a Juliani Apoſtatæ ſatellitibus conquireretur ad necem, naviculam in contrariam fluminis partem convertit, & inſequentibus ſe ſponte, & ex induſtria occurrit, cumque interrogaretur, num quid de Athanaſio ſciret? in reſponſum dedit, ſe

haud

haud procul hinc illum navi euntem vidiſſe, atque ita alios contrarium curſum tenentes ſagaciter effugit, ac ita bono dolo imminentem ſibi mortem excluſit. Hoc etiam ſenſu intelligendus eſt Pomponius *in l. 16. §. penult. ff. de minor.* ubi ait: naturaliter licere contrahentibus ſe circumvenire ratione pretii, & valoris, i. e. licere ex aſtutia, & ſolertia ſuam conditionem meliorem facere, ſine omni tamen malitia. *Perez. in Cod. de dolo malo n. 2.*

12 Dolus *malus* eſt omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita. *l. 1. §. 2. de dolo malo. Perez. loc. cit. n. 1. Manz. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig. §. 2. n. 2. Schamb. Inſt. loc. Harp. Inſt. §. 2. de obligat. n. 27.* Exemplum doli mali eſt, ſi tutor inſtigaret aliquem, ut rem pupillarem, aperta hunc in finem ciſta, ſurriperet, venderetque, & pretium exinde redactum ſecum participaret. Alia exempla doli mali enumerat *Bargal. loc. cit. lib. 2. cap. 3. n. 8.*

13 Culpa in genere *definitur*, quod ſit imprudentia, qua homines circa res alienas vel omittunt, quod debent facere, vel faciunt, quod debent omittere. *Harp. loc. cit. n. 74. König ad decret. de pact. n. 56. Paulo aliter Franz. Inſt. quib. mod. re contrah. obligat. part. 2. §. 9. n. 25. Manz. loc. cit. n. 4. Solide Schamb. loc.*

Dicitur I. *Imprudentia*, ut differat a dolo, qui a ſciente, & prudente, non ab improvido, & inſcio committitur, *d. l. 1. §. 2. ff. de dolo malo.*

Dicitur II. *Circa res alienas*, in res enim proprias culpa proprie non cadit, *l. 18. §. 1. ff. ſolut. matr.*

Dicitur III. *Vel omittunt, quod debent facere, vel faciunt, quod debent omittere;* quoniam *culpa* dupliciter fit, puta, *committendo*, & *omittendo*. Illa tamen, quæ in committendo conſiſtit, major eſt, quam quæ in omittendo, *arg. l. 91. §. 3. ff. de V. O. Bargal. d. tract. lib. 5. cap. 2. n. 24.*

Dividitur culpa (quidquid alii 14 contra dicant) in latam, levem, & leviſſimam. *Ita Franz. loc. cit. n. 26. König loc. cit. n. 16. Manz. loc. cit. n. 6. Schneid. Inſt. quib. mod. re cont. oblig. §. 2. n. 37. Harp. loc. cit. n. 78. Bargal. loc. cit. n. 37.*

Culpa lata haud inconcinne deſcri- 15 bitur, quod ſit craſſa ignavia, magna incuria, ſupina, inexcuſabilis, & extreme reprehenſibilis negligentia, cum videl. quis non intelligit, quod omnes intelligunt; illud neſcit, quod omnes ſcire debent; illud non facit, quod omnes facerent, vel omittit, quod nullus omitteret. *l. 223. ff. de V. S. Manz. loc. cit. n. 6.* Exempla culpæ latæ ſunt, v. g. ſi quis noctu oſtia ædium, vel feneſtras relinqueret apertas, & crederet neminem intraturum. Item ſi quis ignorare ſe contenderet, quod publice vulgatum. Item ſi quis equum conductum tota die fatigaret, ac impelleret, & noctu loco pabuli aquam, & ſtramen porrigeret. Vel ſi quis toto anno ſemel, aut nunquam curaret caminum purgari.

Hæc culpa in Jure dicitur dolo proxima, & dolo frequenter comparatur. *l. 1. §. 1. ff. ſi menſor falſ. mod. dixer. & l. 32. ff. depoſiti.*

16 *Culpa levis* eſt adhibere tantam curam, diligentiam, & cuſtodiam, quantam adhibet diligens paterfam. in rebus propriis ſecundum communem hominum naturam. *Schneid. loc. cit. n. 39. Menz. n. 7.* Exempla hujus varia occurrunt, v. g. ſi tutor dimittit rem pupillarem in cubiculo, ciſta non occluſa, vel clave non exempta. Item ſi quis non clauſit altiores feneſtras, per quas fures admotis ſcalis intrare poſſunt. Item ſi quis adhibeat operarios inertes. Item ſi quis neſcit qualitatem rei ſuæ. *Bergal cit. lib. 5. cap. 3. n. 14. & 15. Künig. de pact. n. 57.* Circa hanc culpam regula obtinet, quod toties illa intelligatur, quoties ſimpliciter in legibus fit mentio culpæ. *§. 3. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig. l. 5. §. 2. ff. commod. Harp. Inſt. de obligat. § 2. n. 83 Franz. Inſt. de ſuſp. tut. n. 21 Bergal loc. cit. n. 18*

17 *Culpa leviſſima* eſt, non adhibere tantam diligentiam in rebus alienis, quantam adhibet diligentiſſimus paterfam. in rebus ſuis, v. g. ſi depoſitarius, vel tutor dimittit rem depoſitam, vel pupillarem in cubiculo, occluditque diligenter januam, ſed abiens non revolvit clavem, & tentat, clauſa recte ſit janua, nec ne? *Schneid. §. 1. quib. mod. re contrab. oblig. n. 40.* Vel ſi quis feneſtras verſus publicum remotiores a locis, in quibus dormit familia, non munivit clathris, aut ferreis perticis. *Künig. loc. n. 56.*

Caſus fortuitus eſt *inopinatus eventus, qui nulla humana induſtria, aut providentia caveri, aut averti poteſt. l. 2 §. 7. de adminiſt. rer. ad. civit. pert.* Exempla caſus fortuiti in Jure noſtro permulta reperies, *ut naufragia, inundationes, terræ motus, incendia ex fulmine orta, ruinas ædium, inſultus hoſtium, prædonum impetus, &c. l. 23. ff. de R. I.* quibus adnumera *furtum domeſticum: arg. l. 14. § 6. ff. de furt. Schneid. ad princip. quib. mod. re contrab. obligat. 34. Harp. Inſt. de oblig. §. 2. n. 85.* 18

Abſolvimus primam quæſtionem: Nunc

Q. II. *quam culpam præſtet tutor?* 19 ſive (ut luculentior tibi loquendo ſiam) *ex qua culpa teneatur tutor datum pupillo damnum reſarcire?* ℞. Tutorem regulariter teneri de lata, & levi culpa. *Ita Franz. Inſtit. de ſatisdat. Tutor. n. 10. Hunn. ad. Treutl. vol. 2. diſp. 9. theſ. 5. Carpzov. lib. 5. Reſpon. 73. n. 1.*

Probatur (ut plures locos ſileam) per rotundum *text. l. 7. C. arbitrium tutelæ*, his verbis: *Quidquid tutoris dolo, vel lata culpa, aut levi, ſeu curatoris, minores amiſerint, vel, cum poſſent, non acquiſierint hoc in tutelæ, ſeu negotiorum geſtorum utile judicium venire, non eſt incerti Juris.*

Non obſtat *l. 5 § 2. ff. commodati;* ubi ſi contractus plane non reſpicit utilitatem obligati, non præſtatur, niſi lata culpa. ℞. enim a communi regula hoc in paſſu favore pupillorum receſſum eſſe. *Franz. d. loc.*

Dixi *regulariter*, in caſu enim, quo tutor ſponte ſe adminiſtrationi obtulit,

tulit, ad leviſſimam quoque culpam cenſetur obſtrictus, *l. 53. §. 3. ff. de furt. & arg. l.* 1. §. 5. *ſupr. ff. depoſ. Bergal. d. lib.* 5. *cap.* 4. *n.* 32. ubi *n.* 22. ait, in officiis, & muneribus publicis, quale eſt tutela, §. 1. *Inſt. de Excuſat. tut.* quemquam non niſi ad levem culpam obligari.

20 Q. III. *Quæ ſint cauſæ ſuſpicionis, & remotionis?* R. Illas in univerſum determinari non poſſe, adeoque hac in re quamplurimum boni Judicis arbitrio committendum eſſe. Schneid. tamen §. *Inſt. h. t. n.* 6. earum VII. recenſet: ubi vide.

De Jure Auſtriaco res ita ſe habet: Wann man in Erfahrung kommt, daß ein Gerhab durch Geſchenck, oder andere unziemliche Mittel, zur Gerhabſchaft eingetrungen, kein Inventarium aufgerichtet, die Pupillen übel auferziehet, mit der Pupillen Gut betrüglich, und eigennützig handlet, und daſſelbe ohne Noth, oder Gerichtliche Verwilligung (in denen Fällen, wo ſelbige vonnöthen) verkauft, oder ſonſten veräuſſert, die Steuer, und andere Lands-Anlagen, anwachſen läſt, um dieſer, und dergleichen Urſachen willen kan, und ſoll ein Gerhab, (jedoch nach der Obrigkeit Gutbeduncken) der Gerhabſchaft entſetzet werden.

21 Q. IV. *Quid, & quotuplex ſit infamia?* Infamia eſt nihil aliud, quam diminutio famæ, vel exiſtimationis, quæ eſt dignitatis illæſæ ſtatus, legibus, ac moribus comprobatus. *l.* 5. §. 2. *ff. de extraord. cognit. Perez n.* 4. *Cod. ex quibus cauſ. infam. irrog. Schamb.* §. 6. *Inſt. hic.*

Infamia duplex eſt, alia *Juris*, alia 22 *Facti*. Infamia *Facti* eſt, quæ pudorem potius onerat, quam ignominiam irroget. *l.* 20. *ff. de his, qui notant. infamia.* Sive ut clarius loquar, quando lex quidem aliquem non ait eſſe infamem, apud homines tamen forte propter diſſolutos mores, aut vitæ improbitatem non bene audit, v. g. *ſi filius a patre in teſtamento graviter accuſatus fuerit, l.* 13. *ff. eod.* vel, *ſi quis a ſuperiore, vel a Judice publice increpatus, & admonitus fuerit, ut ad meliorem vita frugem ſe reformet, l.* 19. *ff. d. l.*

Infamia *Juris* eſt, quæ per legem alicui inuritur: talem infamiam incurrit, qui binas nuptias eodem tempore contrahit. *l.* 1. *l.* 13. *ff. eod.* Item qui in ſcenam, aut arenam prodit, quæſtus faciendi cauſa. *d. l.* 1. Item, qui improbum fœdus exercet, & uſuras uſurarum exigit. *l.* 20 *C. Ex quib. cauſ. infam. irrog.* Denique qui doloſe tutelam gerit. *text. hic Perez loc. cit. n.* 4. *Zoeſ. de his, qui not. infam. n.* 2.

Effectus alius eſt *infamiæ Juris*, alius 23 *infamiæ facti*. illa repellit a dignitate, tam acquirenda, quam acquiſita. *l.* 2. *C. de dignit.* a munere teſtificandi *Zoeſ. n.* 15 *Perez n.* 15. *loc. cit. Brunnem. in d. l.* 2.

Infamia facti non quidem excludit a teſtimonio, ſed vim teſtimonii vehementer minuit. *l.* 2. *ff. de Senat. Zoeſ d. l. n. ult. Brunnem. in d. l.* 2. *ff. de Senat. & l.* 3. *C. de dignit.* ubi varias hominum conditiones a dignitatibus conſequendis repellit, & mercaturam nobilitati vehementer ait offi-

officere. Cui ſuffragatur *Mynſ. cent. 6. obſerv. 54. n. 5.* ubi ſub *n 9.* Nobiles, inquit, qui ſe meremoniis implicant, cogendos, tanquam plebejos, & viles, contribuere ſolvendis collectis

His in anteceſſum præmiſſis, tandem vix moræ non impatiens

Q. V. *An tutor remotus ob culpam latam fiat infamis?*

24 In utramque partem prælio adeo ancipiti agitata hæc eſt controverſia, ut omnino dubitare poſſis, ſuſpenſo ſimilis, cui ſententiæ palma victoriæ decernenda ſit.

In negantium caſtris ad claſſica canunt *Franz. Inſt. hic n. 20. Harp. §. 6. hic n. 2. Arumæ. extract. Juſtin. 3. th. 23. Chilmgenſp. Inſtit. h. t. q. 6. Braun. tract. de tutel. ad tit. de ſuſp. tutor. th. 27. Schneid. n. 2. Manz. hic.*

Pro qua negativa ſententia argumenta ſtringunt validiſſima.

I. Deſumunt ex hoc noſtro § 6. his verbis: *Suſpectus autem remotus, ſiquidem ob dolum famoſus eſt: ſi ob culpam, non æque.* En textus indiſtincte, & generaliter loquitur; ergo nos non oportet diſtinguere, præcipue in lege pœnali, ubi ſemper interpretatio facienda eſt in mitiorem partem; *l. pen. ff. de pæn. & c. 19. de R. I. in 6.* atqui benignior interpretatio eſt, ſi *d. §. 6.* intelligamus de culpa lata, ut ſenſus emergat iſte. *Ob culpam latam non æque.*

II. Taliter adornant: Dictum de genere, vel toto cenſetur dictum de ſingulis ſpeciebus, & partibus, *arg. l. 68 ff. de legat. 3. l. pen. §. ult. ff. de jur. & facti ignor. & l. ult. C. de hæred. vel act. vend.* Sed Imperator generaliter, & indefinite negat, ob culpam remotum fieri infamem; ergo nulla culpa infamat remotum.

III. In hunc modum efformant: Ob culpam latam nemo poteſt privari vita; *l. 7. ff. ad leg. Cornel. de Sicariis.* ergo etiam ob culpam latam nemo poterit privari fama, decantatum enim eſt, quod vita, & fama pari paſſu ambulent. *l. 9. ff. de manumiſſ. vindict. & l. 8. §. pen. ff. quod met. cauſa.*

IV. Depromunt ex *l. 9. C. de ſuſpect. tutor.* ubi in hæc verba diſerte reſcribitur: *Suſpectos tutores ex dolo, non etiam eos, qui ob negligentiam remoti ſunt, infames fieri, manifeſtum eſt.*

V. Producunt ex *l. 3. §. fin. ff. h. t.* ubi tutor remotus ob ſegnitiem, ruſticitatem, inertiam, ſimplicitatem in ea cauſa eſſe dicitur, ut integra exiſtimatione a tutela abeat, quæ verba collective ſumpta utique latam involvunt.

VI. Stringunt ex *l. 7. §. 1. ff. h. t.* ubi remotus ob latam negligentiam dicitur ſolummodo quaſi ſuſpectus; ergo non eſt vere talis, conſequenter non removendus.

VII. Sic effingunt: Ob quam culpam tutor non poteſt removeri tanquam

quam ſuſpectus, de illa culpa non poteſt intelligi noſter §. 6. ſed ob culpam levem tutor non poteſt removeri, ut ſuſpectus; ergo de culpa levi §. 6. non poteſt intelligi. Hoc argumento utitur *Braun. loc. cit. n. 27. verſ. probatur 2.*

Verum his argumentis, licet valde ſpecioſis, in contrarium nihil relevantibus, non attentis, magis arridet ſententia, quæ docet tutorem ob culpam latam remotum fieri infamem. Huic ſententiæ applaudunt *Hunn. ad Treutl. vol. 2. diſp. 9. quæſt. 20. Rachov. ibid. lit. C. Zoeſ. ff. h. t. n. 9. Schamb. Inſt. hic. Vinn. hic.*

Pro qua ſtant hæc fundamenta.

Primum, & præcipuum ponitur *in l. quod Nerva. 32. ff. depoſiti.* ubi lata culpa æquiparatur dolo, imo in *l. 226. ff. de V. S.* lata culpa diſerte dicitur eſſe dolus, *& in l. 7. §. 1. ff. h. t.* lata culpa dicitur prope fraudem eſſe.

Non movet, quod in delictis lata culpa non æquiparetur dolo, *l. 7. ff. ad leg. Cornel. de Sicar.* hic autem verſemur in delictis. Enim vero id tunc demum procedit, ſi talia ſint delicta, quæ pœnam corporalem ingerunt *d. l. 7.* ſecus eſt in delictis, quæ pœnam corporalem non ingerunt, in his enim lata culpa æquiparatur dolo. *l. 1. §. 1. ff. Si menſor falſ. mod. dixerit*, ubi ſi menſor falſum modum renunciat, lata culpa æquiparatur dolo; atqui menſor, falſum modum renunciando, delinquit, *tot. tit. ff. ſi menſor falſ. mod.* ergo in delictis, quæ pœnam ſanguinis non ingerunt, lata culpa æquiparatur dolo. Accedit *l. 11 §. final. ff. de his, qui notant. infam.* Ubi per ignorantiam Juris ducens viduam intra tempora luctus fit infamis; ſed ignorantia Juris non eſt dolus; ergo, &c.

II. Colligitur ex *l. 5. §. 2 ff commodati.*, *& l. 23. ff. de R. I.* juncta, *l. 1. §. 1. ff Nautæ, caupones, ſtabularii.* Quibus locis pro regula traditur, quod toties, quoties in Jure ſimpliciter fit mentio culpæ, intelligatur culpa levis; atqui in noſtro §. VI. fit ſimpliciter mentio culpæ; ergo intelligi debet culpa levis.

Argumenta contraria nullo labore profligantur.

I. Quidem ex paulo ante allegata regula proſternitur; quoties enim ſimpliciter fit mentio culpæ, intelligitur culpa levis Nec movet, quod in dubiis interpretatio fieri debeat in mitiorem partem; negatur enim ſuppoſitum, nos verſari in dubiis, ſiquidem per textus adductos meridiana luce clarius oſtenditur, latam culpam excepto crimine pœnam cor-

corporalem ingerente, æquiparati dolo.

Deinde quando de ſententia Juris quæritur, uſus præcipue ſpectandus eſt, *l. 37. ff. de LL.* de uſu autem verbi hic quæritur, non de eo producendo per interpretationem. *Vinn. loc. cit.*

II. Procedit, ſi generis, & ſpeciei, item totius, & partium ſit eadem ratio, quæ noſtro in caſu diverſa eſt; lata enim culpa æquiparatur dolo, idque ex authoritate Juris, prout abunde demonſtratum.

Ad III. ℞. Vitam, & famam non ſemper ambulari pari paſſu, ſed eo forte duntaxat caſu, quo militat favor libertatis, ſicut in caſu cit. *l. 9.* Accedit *l. 28. § penult. ff. ad. Leg. Jul. de adult.* Ubi dicitur, quod cujus famæ parcendum eſt, *multo magis* ſit parcendum vitæ, ut ſatis innuatur, vitam & famam non ubique pari deambulare paſſu.

IV. Nec hili, nec pili eſt; quis enim non intelligit, per negligentiam ibi deſignari duntaxat levem culpam?

V. Eadem reſponſione eliditur: quia ſegnities, ruſticitas, inertia, & ſimplicitas ibi levem tantum culpam denotant.

VI. Exinde nihil probat: quia potius con-quam infirmat noſtram ſententiam. Quis enim adeo hoſpes eſt in Jure, quin intelligat, particulam *quaſi* idem deſignare, quod particula *tanquam, utpote, veluti?*

Ad VII. & ultimum ℞. *Conc. maj. neg. min.* falſum enim eſt, tutorem ob levem culpam removeri non poſſe, ut ſuſpectum; enim vero omnis ille, qui tutelam non ex fide adminiſtrat, poteſt removeri, ut ſuſpectus; & licet remotus ob culpam levem non fiat infamis, non tamen ſequitur, removeri non poſſe, ſi id pupilli utilitas exigat, aliud enim eſt, poſſe removeri tutorem, aliud fieri infamem. *a Sonneting Inſt. h. t. n. 8.*

Quibus omnibus pro, & contra deductis, patet in rigore Juris, tutorem ob latam culpam remotum, fieri infamem, licet judicando contrarium ſervari poſſe, autumet *Brunnem. in l. ult. C. h. t.*

§. Si quis. 7.

25 Q. hic *An lite pendente*, ſive, *an durante ſuſpecti cognitione, tutor in administratione relinquatur*, *nec ne?*

Dixeris, quod ſic, quia pendente lite nihil innovandum. *Clement. 2. & tot tit.* ✠ *ut lite pendente.*

Verum hoc non obſtante ℞. Imperator, quod interea tutori interdicatur adminiſtratio, donec cognitio finiatur, & pupillo curator detur. *Maux. 3. Schneid. n. 5. Myns. n. 5.*

§. Sed

§. Sed ſi. 8.

26 Q. hic, *an ſuſpecti crimen aliquando finiatur?* ℞. Si tutor, vel curator moriatur, etiam finiri cognitionem ſuſpecti, ita ut nihil ad hæredes eorum tranſeat. Ratio: quia per accuſationem ſuſpecti aliud nihil intenditur, quam ut tutor removeatur, per mortem vero ſatis utique removetur. *Franz. n. 22. h. t.* ubi & hanc rationem addit, quod crimina morte reorum generaliter omnia extinguantur *l. 2. l. 3. C. ſi reus, vel accuſatus mortuus fuerit.*

§. Si quis tutor. 9.

Q. In hoc, *an tutor nulla alia pœna afficiatur, quam pœna infamiæ?* ℞. Duos eſſe caſus, quibus tutor non ſolum removeatur, ut ſuſpectus, ſed etiam gravius puniatur. I. Caſus eſt, ſi tutor citatus apud Prætorem ſui copiam non faciat, & ſine juſta cauſa bona pupilli, ut ex illis eidem alimenta pro dignitate ſtatus, & quantitate patrimonii decernerentur, indicare renuat, tunc enim pupillus in poſſeſſionem bonorum tutoris immittitur. *text. hic.* Et ſi adhuc tutor, iſta miſſione non obſtante, pupillo alimenta non præſtet, removendus eſt, ut ſuſpectus. *Manz. n. 6. & 7.*

§. Sed ſi. 10.

II. Caſus eſt, ſi tutor quidem ſui copiam facit, ſed per mendacium negat, pupillo alimenta decerni poſſe. Hoc enim caſu non tantum removetur, ut ſuſpectus, ſed etiam ad Præfectum urbis puniendus remittitur. Sed qua pœna? *Manzius* putat, arbitraria, quæ toties locum habet, quoties leges volunt, aliquem puniri, ſpeciem tamen pœnæ non exprimunt. *l. 1. §. 1. ff. de extraord. Menoch. de arbit. Jud. quæſt. caſ. 401. n. 28.*

§. Libertus. 11.

Idem, quod de tutore puniendo mox ante dictum eſt, extenditur ad libertum, qui fraudulenter tutelam filiorum, vel nepotum Patroni ſui geſſiſſe probatur. *text. hic. & l. 2. ff. h. t.*

§. Noviſſime. fin.

Quid ſi tutor ſuſpectus ſatis offerat, & caveat ſe impoſterum fideliter adminiſtraturum tutelam? Erit tamen removendus; ſatiſdatio enim malevolum tutoris propoſitum non mutat. *text. hic.*

An laborans paupertate ut ſuſpectus removendus? ℞. Quod non, qui ſuſpectus ille dicitur, qui non ex fide tutelam gerit. §. 5. *h. t.* qualis non eſt pauper. 27

Dices: Teſtis pauper, *l. 3. ff. de teſtib.* pater adoptivus pauper, *l. 17. §. 2. de adopt.* accuſator pauper, *l. 10. ff. de accuſat.* ſunt ſuſpecti; ergo etiam tutor. ℞. *Conc. ant. neg. conſ.* Tametſi enim in Jure reperiantur caſus, quibus paupertas nocere ſolet, non eſt tamen facienda excenſio ad caſus diverſos; odia enim reſtringi, & favores convenit ampliari. *Cap. odia. de R. I. in 6. Manz.*

FINIS

Libri Primi

Inſtitutionum Imperialium.

Omnia ad majorem DEI, ſupremi Judicis gloriam,

ET

Intaminatæ Virginis ſine labe originali conceptæ MARIÆ Advocatæ noſtræ honorem.

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM

LIBER II.

TITULUS I.

De rerum diviſione, & acquirendo ipſarum dominio.

SUMMARIA.

1. Objectum Juris triplex eſt. 2. Res alia ſunt Divini, alia humani Juris 3. An ſervitutes dicantur in bonis noſtris eſſe? 4. Quæ res dicantur eſſe communes? 5. Publicum, & commune in Jure quandoque confunduntur. 6. An detur dominium maris? 7. Quænam res dicantur publicæ? 8. Flumen privatum in quo differat a proprio? 9. Littus quid ſit? 10. Quomodo differat a portu? 11. Ripa quid ſit? 12. Item an publica ſit? an privata? 13. Res Univerſitatis quæ dicantur? 14. Item quæ res dicantur nullius? 15. Res ſacræ quæ ſint? 16. Et, ut tales efficiantur, quid requiratur? 17. Res ſacræ alienari nequeunt. 18. Limitatur in tribus caſibus. 19. Res Eccleſiaſticæ commercio humano obnoxiæ ſunt. 20. Res Religioſæ quæ dicantur? 21. Mortuum inferre an, & quando liceat in locum communem? 22. Corpus hominis ſi dividatur, quis locus ſit religioſus? 23. Si cædes in confinibus commiſſa ſit, quis dicatur Judex competens delicti? 24. Res ſanctæ quæ dicantur? 25. Qui delinquit in portas, & muros civitatum, punitur capite. 26. Res ſingulorum quæ ſint? 27. Definitur dominium. 28. Et traditur ejus diviſio. 29. Princeps an poſſit ſubditos Jure quæſito privare? 30. Occupatio quid ſit? 31. An Princeps Jus venandi ſubditis adimere poſſit? 32. Feripeta an pœna mortis affici poſſit? 33. Apes an dicantur animalia manſueta an feræ? 34. Columbas ſine crimine furti non licet capere. 35. Occupata in bello cui cedant? 36. Inventio quando dominium tribuat? 37. Si duo ſimul gemmam videant, an cedat videnti, an occupanti? 38. Alluvio quid ſit, & quando dominium operatur?

retur? 39. *Inſula alia eſt naturalis, alia cauſalis.* 40. *Inſula cui cedat?* 41. *Alveus quid ſit, & cujus fiat?* 42. *Inundatio quid ſit?* 43. *Quid ſit ſpecificatio, & cujus fiat res ſpecificata?* 44. *Requiſita ſpecificationis enumerantur.* 45. *Intextura quid ſit?* 46. *Quid confuſio?* 47. *Quid commixtio?* 48. *Inædificatio quando in ſolo ædificantis fit ex aliena materia, cui cedat ædificium?* 49. *Actio dupli de tigno juncto datur etiam in bona fide jungentem.* 50. *Quid Juris ſit, ſi quis ex ſua materia in alieno ſolo ædificaverit?* 51. *Impenſæ aliæ ſunt neceſſariæ, aliæ utiles, aliæ voluptuariæ.* 52. *Quales impenſas bonæ, & malæ fidei poſſeſſor deducat, aut tollat?* 53. *Implantatio quid ſit?* 54. *Quomodo dominium tribuat?* 55. *Satio quid ſit?* 56. *Item, quid ſcriptura?* 57. *Item, quid pictura?* 58. *Perceptio fructuum ex re aliena, quam bona fide poſſidemus, qualis ſit?* 59. *Fructus quotuplices ſint?* 60. *Naturales, an bonæ fidei poſſeſſor ſuos faciat?* 61. *An extantes teneatur reſtituere?* 62. *Malæ fidei poſſeſſor quales fructus ſuos faciat?* 63. *Colonus quales fructus acquirat?* 64. *Uſufructuarius in locum demortuorum arborum an teneatur alias ſubſtituere?* 65. *Theſaurus quid ſit?* 66. *Et an, & quando cedat inventori?* 67. *Item quid Juris, ſi in loco publico, ſacro, vel religioſo repertus ſit?* 68. *Quid deinde, ſi in fundo feudali, vel emphyteutico reperiatur?* 69. *Traditio, ut dominium in accipientem transferat, quæ debeant concurrere?* 70. *Error circa cauſam, an impediat translationem dominii?* 71. *Emptio, venditio non transfert dominium, niſi pretium exſolutum, aut fides de pretio data ſit.* 72. *Traditio per brevem manum quæ dicatur?* 73. *Traditio ficta quomodo fiat?* 74. *Miſſilia cui cedant?* 75. *Res derelictæ quando fiant occupantis?*

CONNEXIO.

1 Dictum § *fin. de J. N. G. & C.* omne Jus Romanum, quo nos utimur, vel ad *Perſonas* pertinere, vel ad *Res*, vel ad *Actiones*, ita ut tria ſint partialia Juris objecta. Cum itaque in Libro I. actum ſit de *Perſonis*, utpote primo objecto Juris, juſto ordine ſequitur, ut de *Rebus*, veluti altero Juris objecto, agatur. Nos autem hic rem non conſideramus phyſice, contemplando ejus eſſentiam, ſed juridice, conſiderando Jus, quod circa rem habemus. *Menoch. prin. Inſt. hic n. 5.*

Ad princip.

Res (inquit imperator) vel ſunt *in patrimonio* noſtro, vel *extra patrimonium* noſtrum; non vero ſatis declarat, quæ dicantur eſſe in patrimonio noſtro, & quæ extra patrimonium. Itaque noſtrum eſt, id luculentius explicare; & tametſi arctiori ſignificatione res in patrimonio noſtro illæ dicantur, quæ a patre profectæ ſunt, & ex ejus hæreditate, adeoque quas certo, & proprio dominio poſſidemus, *l. 9. ff. rem pupill.*

ſalvam

ſalvam fore. l. 2. ff. famil. hercſ. hoc tamen loco *in patrimonio* noſtro eſſe, nihil eſt aliud, quam eſſe in bonis noſtris. *l. 1. ff. de D. R. l.* in bonis autem noſtris id omne contineri dicitur, ad quod poſſidentes exceptionem, amittentes actionem ad recuperandum habemus. *l. 52. ff. de A. R. D.* Unde ſponte fluit, *in patrimonio* noſtro non illas duntaxat res exiſtere, in quibus verum, ſed & illas, in quibus habemus quaſi dominium. Sic non eſt dubium, tam res corporales, quam incorporales contineri in patrimonio noſtro, v. g. Jura, ſervitutes, nomina debitorum, &c. *Ratio* eſt, quia & harum reſpectu habemus exceptionem, & actionem; *l. 4. ff. de V. S. Harp. Inſtit. hic. n. 163. Oblingen. q. 3. b. t. Extra patrimonium* noſtrum dicuntur eſſe res, quæ de facto in nullius privati ſunt patrimonio, vel dominio; v. g. res communes, publicæ, Univerſitatis, nullius, &c. Sane hæc diviſio minus videtur eſſe accurata, ut diutius eidem inhærendum non ſit. Melius forte feciſſet Juſtin. ſi dixiſſet, res alias eſſe *Divini*, alias *humani* Juris. *Divini Juris*, quæ neque actu, neque potentia humano commercio ſunt
2 obnoxiæ. Res *Divini Juris* ſunt, v. g. res Sacræ, Sanctæ, Religioſæ. Res humani Juris iterum vel ſunt in patrimonio noſtro, vel extra patrimonium noſtrum. Illæ ſunt, quæ in dominio privato ſingulorum exiſtunt, v. g. domus, ager, &c. quem quis tanquam proprium poſſidet. Hæ dicuntur, quæ de facto in nullius privati dominium pervenerunt. Huc pertinent res communes, publicæ, Univerſitatis, &c. de quibus omnibus in ordine.

Dices: Supra aſſertum eſt, ſervitutes eſſe in bonis noſtris, ſed ſervitutes non ſunt in bonis noſtris; *l. 1. ff. de uſu, & uſufr. per legat. dat.* ergo. Hæc ipſa lex quantopere torſerit Doctorum ingenia, dici non poteſt, & ſane tot fere ſunt ejus interpretationes, quot interpretum capita. Mihi
placet iſta reſponſio, quod JCtus 3
non aſſerat ipſam ſervitutem, in fundo alterius conſtitutam, non eſſe in bonis noſtris, ſed duntaxat uſumfructum ſervitutis, v. g. itineris, in fundo alterius conſtitutæ non eſſe in bonis noſtris, quia ſervitus ſervitutis conſtitui non poteſt. Itaque cum *in d. l. 1.* uſus fructus ſervitutis legatus eſſe proponatur, quæritur, *an tale legatum valeat?* & dec ditur, non valere, quia ille uſusfructus neque in bonis, neque extra bona eſt, quia ſervitus ſervitutis conſtitui non poteſt, proinde in ſtricto Jure legatum tale corruit. Ex æquitate tamen legatario *in d. l. 1.* applicatur incerti actio, quia petit ab hærede, ut liceat ipſi legatario, quamdiu vivit, uti illa ſervitute itineris. *Hertogg. ad Inſtit. h. t. n. 2. Hunn. var. reſol. l. 2. tract. 1. q. 4.* vide aliter explicantem *Harp. hic. n. 168. Zoeſ. lib. 44. de A. R. D. n. 3.*

§. Et

§. Et quidem I.

4 Q. in hoc §. *quænam res dicantur eſſe communes?* Ad quod Imperator non Rꝫ. definiendo, ſed exempla tantum enumerando; & quidem ratio definitionis omiſſæ iſta redditur: quia omnis definitio in Jure periculoſa eſt, parum enim eſt, quin ſubverti poſſit; *l. 202. ff. de R. I.* Præſtat proinde, quod exempla recenſeat, quia Seneca teſte, *epiſt. 6. longum iter eſt per præcepta, breve, & efficax per exempla.* Puto *res communes* haud inconcinne definiri poſſe eſſe iſtas, *quarum uſus omnibus hominibus vacat, proprietas autem actu nullius eſt.* Dicitur *actu*, quia per apprehenſionem alicujus fieri poſſunt, & ita differunt a rebus Divini Juris, quæ neque actu, neque potentia in dominium alicujus pervenire poſſunt, *Schamb. hic.* In hanc claſſem pertinent aër, aqua profluens, mare, & per hoc littora maris, quia littora ſunt veluti pars, & acceſſorium maris; acceſſorium autem ſequitur naturam ſui principalis. *l. 178. ff. de R. I.*

5 Non obſtat l. *l. 45. ff. de Uſurp. & Uſucap.* ubi littora maris dicuntur eſſe publica. Rꝫ. enim, ibi publicum pro communi poni, hæc ſiquidem duo in Jure haud raro confunduntur. *l. 2. §. 1. l. 12. ff. de* D. R. *l. 122. ff. de A. R. D. Harp princip. Inſt. h. t. n. 171.*

Non refragatur ll. *l. 3. ff. ne quid in loc. publ.* ubi littora, in quæ populus Romanus imperium habet, dicuntur eſſe populi Romani; ergo falſum eſt, littora maris eſſe communia. Rꝫ enim, littora maris populi Romani eſſe, non quoad uſum, & proprietatem, ſed quoad protectionem, Juriſdictionem, & imperium, ut ſenſus ſit: ſicuti Princeps Juriſdictionem exercet in omnibus bonis ſuorum ſubditorum, licet bona neque quoad proprietatem, neque quoad uſum pertineant ad Principem; ita quoque Romani Juriſdictionem in littora maris exercent, tametſi littus maris ad ipſos non pertineat. Et ſane magna ratio ſuadet, ut etiam in littora maris Juriſdictio detur, ne alias contingat, ut crimina in mari commiſſa maneant impunita, contra *l. 70. § 5. ff. de fidejuſſ. Schamb. hic, & Zoeſ. de D. R. n. 5.*

Manet itaque indubitatum, quod aër, aqua profluens, & mare, item per hoc & littora maris communia ſint. Unde infero, quod cuilibet liceat uti aëre ad ſpirandum, aqua profluente ad hauriendum, ad lavandum, ad aquandum pecora, mari ad navigandum, ad piſcandum, item littore maris ad retia illic ſiccanda, ad gemmas ibi colligendas, ad naves appellendas, ad caſam exſtruendam, ita, ut caſa vel ædificium ibi exſtructum, una cum ſolo, fiat ædificantis *l. 6. ff. de D. R.*

Nec *adverſatur*, quod ſolo impoſitum ſolo cedat. *§. 29. Inſt. h. t.* quia hoc procedit de ſolo privato, non etiam de ſolo communi · quod enim commune eſt, cedit occupanti, *l. 14. ff. de A R. D.* ita tamen, ut ædificio ſublato ſtatim locus rurſus fiat communis, & ad ſuam naturam redeat, res enim communes in domi-

nio

nio occupantium non manent diutius, quam ab iis poſſidentur *Weſenb. Inſt. h. t.* § *1. n. 7.* & res facile redit ad ſuam naturam, *l. 27.* §. *2. ff. de pact. Manz. hic n. 27.*

Ad verſ. Dum tamen.

Tametſi in loco Jure naturæ communi cuivis ædificare liceat; id tamen non aliter procedit, quam ſi ædificium uſui publico, & aliis ædificiis, villis, & monumentis non noceat, *text. hic.* Ratio: quia non ſunt Juris gentium, ſed propria ædificantium, qui illa exſtruxerunt, & ædificarunt. *l. 50. ff. de A. R. D. Harp. hic. n. 14.*

Dices: Si mare commune eſt, quo titulo ergo Rex Daniæ ſibi vindicat dominium maris Balthici, Rex Angliæ dominium ſinus Britannici, Veneti dominium maris Adriatici, Rex Hiſpaniæ, & Galliæ dominium maris Mediterranei? Quo titulo multi arcentur? Si denique mare commune eſt, & uſui omnibus vacat, quo titulo gabellæ, & vectigalia a navigantibus exiguntur? ℞. Prædictos Reges juſta ex cauſa potuiſſe ſibi appropriare dominium maris, & a navigantibus exigere gabellas, & vectigalia. Fac enim, mare piratis eſſe infeſtum. Fac ad littora, & portus reparandos requiri magnos ſumptus, ut naves ibi tuto liceat appellere. Fac, neceſſe eſſe, oras maritimas cuſtodire, ne nimium excurrat unda maris; annquid cauſa ſatis juſta eſt exigendi gabellas, & tributa, quibus mare a piratis purgetur, portus ad recipiendas naves accommodentur, & denique oræ maritimæ intra ſuos terminos conſerventur? Hoc itaque titulo memorati Principes gabellas exigunt, dominiumque maris ſibi arrogant. *Zoeſ. ff. de D. R. n. 9.*

Sed Q. *An mare ſit capax dominii humani?* Dixeris prima fronte quod non. I. Quia non poteſt dari dominium rei, quæ occupationem, atque terminationem reſpuit; ſed mare terminationem reſpuit, quia univerſus Oceanus non continetur, ſed continet, cum (ut docent *Geographi*) major ſit ipſa terra; ergo non poteſt dari dominium maris. II. Mare Jure naturali omnium commune eſt, §. *1. hic. l. 2.* § *1. ff. d. D. R.* ergo non poteſt venire in dominium hominis, cum Jus naturæ ſit immutabile, §. *11. Inſt. de J. N. G. & C.* 6

Verum lubeat in perieuloſo controverſiæ hujus Oceano vela facere in eorum ſententiam, qui contendunt, mare capax eſſe dominii humani, prout ita docent *Franc. Inſt. p. 1.* §. *5. n. 17. h. t. Braun. tract. de dominio, cap. 6.* §. *2. n. 2.* Facit I. quod ex natura rei non repugnet dominium maris; ergo datur dominium maris. *Ant. probatur.* Omnis illa res admittit dominium, de qua homo poteſt libere diſponere in ordine ad omnem uſum, cujus res illa eſt capax; atqui hoc modo poteſt homo diſponere de mari, poteſt enim quis ſibi arrogare Jus navigandi, tranſeundi commerciorum cauſa, piſcandi, imponendi vectigalia, &c. ergo poteſt mare cadere ſub dominium humanum. Facit II.

 Quod

Quod DEUS contulerit homini Jus in omnia inferiora; *Geneſ. 1. v. 28.* ergo cum nullus textus occurrat, in quo excipiatur mare, recte infertur, a DEO collatum quoque eſſe homini Jus in mare.

Ad I. R. *Diſt. min.* Sed mare terminationem reſpuit propriam, *conc.* impropriam, *neg. min. & conſ.* Tametſi mare terminari non poſſit termino proprio, poteſt tamen terminari termino alieno, ſive improprio. Sic poteſt mare terminari, & dividi Promontoriis, Inſulis, eminentibus ſcopulis, vel etiam gradibus cœleſtibus, ut intelligi, atque diſcerni poſſit latitudo, & longitudo dominii, quod quisque Principum ſibi arrogat. Ad II. R. *Diſt.* iterum *ant.* Mare Jure naturali commune eſt, permiſſivo, *con.* poſitivo, ſeu præceptivo, *neg. ant. & conſ.* quod autem Jus naturale permiſſivum mutabile ſit, ſuppono ex dictis ad *cit.* § *11. Inſt. de J. N. G. & C.*

§. Flumina. 2.

7 Q. *Quanam res dicantur publicæ?* Ad hoc iterum Imperator non it definiendo, ſed duntaxat exemplificando. Puto res publicas definiri poſſe, eſſe *illas, quarum proprietas eſt alicujus populi, uſus autem omnium hominum. Perez. Inſt. hic.* In hunc cenſum pertinent, I. Flumina perennia, quæ ſemper fluunt, *l. 1. § 3. ff. de flumin. v. g.* Albis, Danubius, Rhenus, &c. Dico *perennia, & quæ ſemper fluunt:* Illa enim flumina, quæ interdum aquis deficiunt, ita, ut non ſint apta ad publicum bonum, (puta navigationem) dicuntur flumina privata.
8 Flumen autem privatum iterum differt a proprio, quod proprium illud dicatur, cujus dominium privatus ſibi arrogat, forte, quia illud in prædio alicujus privati oritur, & per illud diſcurrit, ita *Schneid. n. 6.* Ego ſalvo judicio *Schneid.* puto, flumina publica illa dicenda eſſe, quæ quoad proprietatem ſunt certi alicujus populi, quoad uſum vero omnium hominum, ſive deinde ſint perennia, necne; privata vero, quæ ſunt in dominio, & uſu privati, ita, ut nemo in iis piſcari poſſit. Quo ſenſu etiam flumina publica fieri poſſunt privata, puta, ex conceſſione Principis, vel præſcriptione, vel alio quocunque titulo. *Manz. Inſt. hic n. 53.* II. Huc pertinent portus, qui eſt locus accommodatus ad naves recipiendas, ut tuto illic ſtare poſſint adverſus injuriam prædonum, ac tempeſtatum, *l. 1. §. 13. ff. de fluminib.* III. Huc pertinet ripa, de qua, & quomodo differat a portu, a & littore, §. *4. h. t.* differemus.

Ad verſ. Ideoque.

Ex dictis, quod flumina ſint publica, infert Juſtinianus, quod quilibet in publico flumine, & portu ejus piſcari, navigare, vel naves ibi appellere poſſit: ratio non eſt alia, quam quod res publicæ quoad uſum omnium

nium hominum ſint communes, itaque nemo poteſt alterum prohibere, quo minus in flumine publico piſcetur, adeo, ut prohibens teneatur actione injuriarum, *l. 13. § ult. ff. de injur. Berlich. p. 5. concluſ. 51. n. 2.*

Hodie Jus piſcandi in fluminibus publicis paſſim Principes ſibi arrogant, atque flumina publica hodie quoad proprietatem de regalibus Principis, per cujus territorium diſcurrunt, eſſe dicuntur, ita, ut nulli liceat in fluminibus publicis piſcari, niſi a Principe licentiam habeat; aut navigare, niſi certas gabellas, & vectigalia perſolvat. *Manz. n. 25. hic Finsterwalder p. 2. obſ. 52. n. 25.* Quo titulo autem Principes muniti ſint, ut flumina publica quoad proprietatem ſibi arrogent, tempus non patitur excutere.

Dices: Aqua profluens eſt res communis, ut dictum § 1. *h. t.* Sed flumen eſt aqua profluens, ergo flumen non eſt publicum, ſed commune. ℞. Flumen conſiderari poſſe dupliciter: *Formaliter*, & *Materialiter*. Formaliter ſpectatum, ſive in quantum coërcetur his ripis, ac in æſtimatione morali ſemper idem manet, eſt Juris publici, § 2. *h. t.* Spectatum vero materialiter, ſive ſecundum aquas, quas vehit, ac quæ motu continuo decurrunt, eſt res communis, § 1. *h. t. Harp. n. 5. §. 1. h. t. Manz. n. 24. hic, & Franz. loc. cit. n. 20.*

§. Eſt autem. 3.

9 Littus eſt locus ille, quatenus hybernus fluctus a mari (puta noſtro non mediterraneo, hoc enim nimis exæſtuat) maximus excurrit, *text. hic, & l. 96. ff. d. V. S.* Ratio autem, quare dicatur, quousque hybernus fluctus excurrit, eſt, quia fluctus hybernus major eſt, quam æſtivus, & in hyeme mare ad ulterius, quam in æſtate, ſpatium excurrit.

Dices: Subinde mare excurrit ad longinquas civitates, & agros, ergo male hic littus per excurſionem hyberni fluctus definitur. ℞. Inſpiciendum eſſe illud ſpatium, quousque communiter excurrere mare conſuevit. *Manz. n. 4. hic.*

Differt littus a portu, quod portus ſit publicus, hoc eſt: quoad proprietatem ſit certi cujusdam populi, quoad uſum vero communis: contra vero littus ſit commune, tam quoad proprietatem, quam quoad uſum. Ratio differentiæ eſt, quod littus nullius populi capenſas requirat, ac proinde a nullo occupetur. Econtra portus muniri debent, ac inſtrui ad naves recipiendas, dum igitur muniuntur, ac inſtruuntur, hoc ipſo a populo occupantur, fiuntque ejus proprii. *Franz. Inſt. h. t. p. 1. §. 60. n. 20.* 10

§. Riparum. 4.

11 Ripa nihil eſt aliud, quam extremitas fluminis, ſive illa terra, quæ flumen continet, naturalem rigorem curſus ſui tenens, *l. 1. §. 5. ff. de fluminib.*

nib. pubcol. ſive ripa eſt illa terra, qua curſus fluminis continetur. *Praep. loc. cit.* Jam quæritur: *An ripæ ſint publicæ, an ſint privatæ, an communes?* Dixeris prima fronte ripas eſſe ſimpliciter publicas. I. Quia ripa eſt pars fluminis; atqui flumen eſt publicum, ergo etiam ripa, quia pars ſequitur totum, & acceſſorium ſuum principale, *cap. Acceſſorium, de R. J. in 6.* II. Idem eſt ripa in flumine, quod littus in mari; atqui littus eſt commune, ſicuti mare; ergo etiam ripa quoad proprietatem erit publica, ſicuti flumen.

21 Verum his non attentis. ℞. Imperator, ripas, quoad uſum, eſſe publicas, quoad proprietatem vero, eſſe privatas, hoc eſt, quoad uſum pertinere ad omnes, ſicuti ipſum flumen; quoad proprietatem vero pertinere ad eos, quorum prædiis ripæ cohærent, ſive eſſe illorum, qui circa flumen prædia poſſident, *text. hic.* Ratio, quod ripa quoad proprietatem ad illos pertineat, qui prædia habent vicina, eſt, quia onus muniendi ripam illis incumbit, qui vicina prædia habent; ut proinde ſic liceat arguere: commoda ſequuntur eum, quem ſequuntur incommoda; ſed riparum incommoda, ſi forte ripæ morſu fluminis latiores fiant, aut reparatione indigeant, pertinent ad eos, qui vicina prædia habent, ergo etiam commoda ripæ, id eſt, proprietas ad illos pertinebit, *arg. l. 10. ff. de R. J. ita Perez. Inſt. t. hic.* Ratio vero, quod ripæ quoad uſum publicæ ſint, eſt, quia ſine uſu riparum fluminis uſus commode retineri non poſſet, vel certe incommodior futurus eſſet. *Harp. n. 4. hic, & Vinn. hic.*

Ad primam dubitandi rationem, ℞. *Neg. maj.* tam parum enim eſt ripa pars fluminis, quam parum ſcyphus eſt pars vini, quod continet, *Vinn. § 4 h. t.* Ad alteram dubitandi rationem, ℞. *Neg. paritatem.* Ratio differentiæ eſt, quia flumina cenſentur alveos ſuos, & ripas ex privatorum agris adjacentibus detraxiſſe, adeo, ut iſtæ non fluminum, ſed agrorum partes eſſe intelligantur. Id inde evidens eſt, quod flumina ſæpe alveos mutare, atque ex agris novos alveos, & ripas facere ſolent, mare vero eundem alveum, curſum, & littus ab initio acceptum retinet. Ideoque alveus, & littus maris non privatorum, ſed propriæ velut partes ipſius maris eſſe cenſentur. *Harp. hic n. 5. & 6.*

Ex dictis, quod riparum uſus publicus ſit, hoc eſt, quoad uſum omnibus vacet, infert Imperator I. Quod cuilibet liberum ſit naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in iis reponere, &c. nemo enim publico uti prohibendus eſt. *Mant. n. 10. hic.* Infert II. Quod arbores in ripis natæ eorum ſint, qui habent vicina prædia. *text. hic. & l. 5. ff. de D. R.* Ratio, quia ſubjecto ſolo cedit ſuperficies. *Mant. d. l.* Sane tametſi riparum uſus publicus ſit, hoc tamen cum grano ſalis intelligendum eſt, ut eatenus duntaxat procedat, quatenus ratio utendi fluminis exigit uſum riparum. Quare, quæ non ſunt neceſſaria ad uſum fluminis, in ripis non licet facere. Sic in ripa fluminis, invito eo, cujus prædiis

dis inhæret ripa, ædificare non licet, & ſi quis de facto ædificium exſtruxerit, poteſt dominus ripæ non duntaxat illud, ſed quodcunque aliud, quod dominio ripæ præjudiciale eſt, propria authoritate deſtruere, *l. quemadmodum §. 1. ff. ad leg. Aquil. l. 26. ff. de S. P. R. Funſterwalder l. 3. obſ. 58. n. 4.* Sicuti autem quis extraneus nihil in ripa facere poteſt, quod præjudiciale eſt dominio ripæ; ita neque dominus ripæ quoquo modo uſum fluminis impedire poteſt, *l. fin. ff. de uſu, & habit.* Quo pertinet, ne itineri pedeſtri juxta flumen protrahendis ſurſum navibus neceſſario, vulgo denen Hochtauen, impedimentum fiat, *l. 1. §. 14. ff. de S. P. R. Funſterw. loc. cit. n. 4.*

§. Littorum. 5.

Hic iterum redit ad littora Imperator, atque illorum uſum publicum eſſe, & Juris gentium, ut proinde cuilibet liberum ſit caſam ibi ponere, dummodo tamen bonum publicum non impediatur. Ratio, quia nemo publico uti prohibendus eſt. Proprietas vero littorum (abſtrahendo a conſuetudine privata) ſicuti proprietas maris, actu nullius, ſive communis eſt, *text. hic.* Littora enim imitantur naturam maris, huic enim ſubjiciuntur, & ab eo quotidianis acceſſibus occupantur. *Vinn. Inſt. hic.*

§. Univerſitatis. 6.

13 Res Univerſitatis ſunt, quarum proprietas ad certam civitatem, collegium, communitatem, vel univerſitatem, id eſt, einer Gemeine, pertinet; uſus vero omnium de illa univerſitate communis eſt, id genus res ſunt: *theatra, ſtadium, forum, curia, via publica, &c.* Hodie res univerſitatis dicuntur, *curiæ, ſcholæ, fora, balnea publica, campi Martii, paſcua, nemora, ſylvæ cæduæ, &c.* die Gemeinde Weyden, Schüß-Hütten, Hölzer, Tantz-Häuſer, ꝛc. *Schamb. Inſt. hic.* Unde ſua ſponte fluit, quod ſinguli de univerſitate in balneo ſe lavare, in campo ludere, in ſylvis ligna cædere, in paſcuis ſua pecora paſcere poſſint: nemo enim, publico uti, prohibendus eſt, quin imo, prohibens teneretur actione injuriarum. *l. 13. §. ult. ff. de injur. Maur. n. 7. hic. & Harp. n. 6.*

Q. II. *An cives in cauſa Univerſitatis poſſit eſſe teſtis?* vide *Schneid. n. 4.*

§. Nullius. 7.

14 Res nullius ſunt, quæ ſunt extra commercium hominum, tam actu, quam potentia; ſeu, quæ in nullius bonis ſunt, vel eſſe poſſunt, neque quoad proprietatem, neque quoad uſum. Tales ſunt res Divini Juris, quæ ſcilicet cultui Divino conſecratæ ſunt, quales ſunt *res ſacræ, religioſæ, & ſanctæ.*

Dices: Res pro derelicto habitæ, theſaurus, item feræ ſunt nullius, & tamen dominio humano ſubjici poſſunt; ergo falſum eſt, res, quæ nullius ſunt, dominio humano ſubjici non poſſe. R. Illas duntaxat res proprie dici nullius eſſe, quæ neque actu, neque potentia dominio humano ſubjici poſſunt, atqui pro derelicto habitæ, item theſaurus, & feræ ſunt ita a natura comparatæ, ut ſaltem potentia dominio humano ſubjici poſſint. *Mant. hic. n. 8.*

§. Sacræ. 8.

15 Res ſacræ ſunt, quæ rite, hoc eſt, ſolenniter ſecundum ritum, & morem Eccleſiæ DEO conſecratæ, hoc eſt, ad cultum, & miniſterium DEI dedicatæ ſunt, *text. hic.* in quam claſſem pertinent ædes ſacræ, & donaria, item calices, vaſa, veſtimenta, libri, & id genus plura. *Mant. n. 1.*

16 Ut autem res ſacra efficiatur, plura concurrant, neceſſe eſt I. Ut res per illum Divino cultui deſtinetur, qui Jus conſecrandi habet, qualis eſt Epiſcopus, Antiſtes, & plures alii, quibus conceſſum eſt pontificalia exercere. *Nov. 67. cap. 1. & 2.*

Hinc ſi pietate privata res Divino cultui deſtinetur, v. g. ſi quis forte ſacellum domeſticum ædificet, ſacra non efficitur, ſed profana manet, *l. 9. ff. de D. R. l.* Item, ſi quis rem aliquam voverit, ſacra non efficitur, *l. 2. ff. de pollicit.* Ratio non eſt alia, quam quod ſacrum aliquid non fiat, niſi publica authoritate, quæ deficit in privato. II. Ut adhibeantur ſolennitates Jure definitæ, §. 8 *hic.* III. Ut proxime, & immediate ad cultum Divinum deſtinetur. Unde ſua ſponte ſequitur, vineas, prædia, agros, & fundos Eccleſiaſticos non eſſe ſacros, quia non proxime deſerviunt cultui Divino, ſed ad hoc habentur, ut neceſſitati miniſtrorum ſerviatur, & conſulatur, *Mant. n. 11. & ſeqq. hic Schneid. n. 2. Franz. inſt. p. 1. §. I. h. t.*

17 Circa res ſacras eſt regula, quod non ſubſint commercio humano, ut Paragrapho præcedenti diximus, adeoque neque alienari, neque obligari poſſunt; quia quod ſemel DEO dicatum, non eſt amplius ad humanos uſus transferendum: *cap. 2. de rer. permutat. Schamb. hic.* Iſta tamen regula tres patitur exceptiones. 1. eſt, ſi Eccleſia 18 ære alieno oneretur, & facultates aliæ non ſuppetant, quibus æs alienum expungatur, *Nov. 120. cap. 10. auth. præterea. Cod. de SS. Eccleſ.* 2. Si redimendi ſint captivi, & nihil aliud ſuppetat, ut redimantur, *text. hic.* Ratio, quia animæ hominum quibuscunque vaſis, & veſtimentis præferri debent, *l. 21. Cod. d. t. Mant. n. 8.* 3. Si pauperibus ſuccurrendum, *d. l. 21.* Hoc eſt, ſi intoleranda fames ita premat pauperes, ut vita periclitentur, tunc enim eorum vitæ ſuccurrendum; Eccleſia enim non habet aurum, ut ſervet, ſed ut eroget, ſubveniatque in neceſſitate, *can. 70. cauſ. 12. q. 2.*

Extra hos caſus ſi res ſacræ alienatæ, vel obligatæ fuerint, poterunt ab Eccleſia vindicari, ita, ut empto-

ribus

ribus neque pretium reſtituatur, *d. l. 21. Schneid. n. 5. Franz. loc. cit.* Sane ſi res ſacræ ſubeant vicem acceſſorii, ut ſi quis vendat *civitatem* cum *templis*, *arcem* cum *ſacello*; *fundum*, cui annexum eſt *Jus patronatus*, alienatio rei ſacræ per modum acceſſorii facta valet, modo tamen ratione rei ſacræ non augmentetur pretium. *c. 23. ff. de Jure patronat. Hertog. inſt. h. t. n. 4.*

19 Longe profecto judicium aliud eſt de *rebus Eccleſiaſticis*, hæ enim commercio humano ſunt obnoxiæ ita, *ut vendi, alienari*, & *acquiri* poſſint, dummodo ſolennitates requiſitæ adhibeantur, hoc eſt, ut vendantur cum cognitione cauſæ, decreto Superioris, & conſenſu Capituli, de quibus vide *tot. tit. ff. de reb. Eccleſ. alienand. Schneid. Inſt. hic. n. 9. Engel. d. t.*

Ad verſ. Locus.

Q. hic: *An locus, in quo ædes ſacra ſunt ædificatæ, etiam diruto, vel collapſo ædificio, ſacer maneat?* ℞. Affirmative, *text. hic. & in l. 73. ff. de contrah. empt.* Ratio, quia locus ſemel ſacer, nunquam talis eſſe deſinit. *Mann. n. 17.*

Non *refragatur:* Ædificio in littore maris poſito, collapſo, vel terræ motu, vel exundatione aquarum deſtructo, locus fit iterum communis, & redit ad priſtinam cauſam, *l. 6. ff. de D. R.* Ergo idem erit in noſtro caſu. Nam ℞. *Con. ant. neg. conſeq.* quia conſecratio non ſolum fit ædificii, ſed etiam loci, & ipſum etiam afficit. *Harp. n. 11. hic.*

Dicta procedunt de Jure Civili: de Jure Canonico, ſi Eccleſiæ ruina, terræ motu, aut incendio diſſecratæ ſint, omnia ex integro peragenda ſunt, perinde, ac ſi nunquam conſecratæ fuiſſent, *cap. 20. quæſt. 1. de conſecrat.* Niſi tectum duntaxat corruiſſet, parietibus manentibus illæſis *cap. 6. ff. de conſecrat.* Conſecratio enim non fit in tectis, ſed in parietibus, in quibus fiunt cruces, & inunctiones, & Eccleſia ſemel conſecrata non debet iterum conſecrari. *Manz. hic. n. 9.*

§. Religioſum. 9.

20 Q. in hoc Paragrapho: *quænam res dicantur religioſæ?* Et ℞. Illas res, ſive illa loca dici religioſa, quæ cadaveribus ſepeliendis deſtinata ſunt, ſive in quæ mortuus aliquis illatus, ibique ſepultus, & humatus eſt.

Ad verſ. Unusquisque.

Ex hoc verſiculo colliges, quod de Jure civili, quisque privatus ſua ſola voluntate locum poſſit religioſum facere, dum mortuum infert in locum ſuum. Et in hoc ſtatuitur differentia inter res ſacras, & religioſas. Illæ enim publica Pontificis, vel Epiſcopi authoritate per conſecrationem; Hæ vero privata voluntate per mortui illationem tales efficiuntur. *Mann. n. 12.*

Dixi,

Dixi, de Jure Civili; aliud enim obtinet de Jure Canonico, ut videlicet privata authoritate, hoc Jure inſpecto, locus non fiat religioſus per illationem mortui, ſed per ſolius Epiſcopi conſecrationem. Unde videmus loca certa, quæ cæmeteria appellamus, ſepeliendis mortuis deſtinata eſſe, & ab Epiſcopis conſecrata, *can. 3. cauſ. 13. q. 1. c. 2.* ✠ *de ſepult. c. 4. de Religioſ. domib. Franz. Inſt. p. 1. §. 2. h. t. Schmid. n. 8.*

Ad verſ. Communem.

21 Quæritur hic, *an in locum communem, vel in alienum, mortuum inferre, & ibi ſepelire liceat?* ℞. I. In communem locum purum, id eſt, eum, in quem nullum hominis corpus illatum eſt, invito ſocio mortuum inferre non licet; ratio: quia in re pari potior habetur, & eſt conditio prohibentis, *l. 28. ff. de commun. divid.* Excipe tamen, ſi quis ex ſociis alibi ſepeliri non poſſit, *l. 41. ff. h. t.*

Dixi *in locum purum*, ſecus eſt, ſi locus ſit religioſus, hoc eſt, ſi ſocii commune ſepulchrum habeant; hoc enim in caſu invito ſocio licet inferre quemlibet mortuum. Ratio differentiæ eſt: quia in re communi ſocius partem ſocii deteriorem facere non poteſt, *l. 68. ff. pro ſocio l. 46. ff. de S. P. R.* fit autem locus purus illatione mortui deterior, quia efficitur religioſus, hoc eſt, commercio humano eximitur *§. 8. h. t.* At cum locus jam eſt religioſus, id eſt, cum eſt ſepulchrum commune, ſocius mortuum inferendo non nocet. Deinde ſocius etiam, invito ſocio, re communi uti poteſt, modo ad eum utatur finem, ad quem res deſtinata eſt, ut *ſepulchrum ad ſepulturam. arg. l. 10. §. 1. ff. commun. divid. Hunn. ad Trentl. vol. poſt. diſp. 18. th. 1. lit. D. q. 2.*

℞. II. Si unus in fundo habet proprietatem, & alter uſumfructum, tunc proprietarius non poteſt fundum religioſum facere, niſi conſentiente uſufructuario, & vice verſa, *text. hic, & l. 2. §. 7. ff. de religioſ. & ſumpt.* Ratio eſt in aperto, quia proprietario cauſam, ſive conditionem fructuarii deteriorem facere non licet, *l. 15. §. 6. ff. de uſufruct.* neque uſufructuarius proprietarii; *l. 13. §. 4. ff. de religioſ. & ſumpt.* atqui per illationem mortui conditio fructuarii, aut proprietarii redderetur deterior, *arg. §. 7. Inſtit. h. t.* Ergo.

℞. III. In locum prorſus alienum cadaver inferre non licet, & ſi quis de facto inferat, tenetur vel tollere, quod intulit, vel ſolvere loci pretium, *l. 7. ff. de religioſ. & ſumpt. Franz. Inſtit. h. t. p. 1. §. 2. n. 6.* Sane ſi dominus conſentiat, ut que licebit mortuum inferre, volenti enim, & conſentienti non fit injuria, *l. 1. §. 5. ff. de injur. Harp. n. 10. hic.* Idem eſt, ſi dominus ab initio quidem non conſenſerit, poſtea tamen illationem mortui ratihabuerit. *text hic.* Ratio, quia ratihabitio retrotrahitur, & mandato æquiparatur. *cap. ratihabitionem, de R. I. in 6. Mant. n. 28.* Quod porro circa particulam *non* hic authores dubii move-

movent, dignum non eſt, ut illi inſidemus. Vide *Harp. loc. cit. n.* 18.

22 Q. III. *Quod ſi corpus hominis dividatur, quis locus erit religioſus?* R. is, in quo recubat membrum principale, puta caput, quia hoc imago eſt, unde dignoſcimur. *l. 44. ff. de D. R.* Quodſi caput ipſum diviſum ſit, ille locus religioſus erit, ubi pars anterior jacet, quia & per hanc a reliquis animantibus dignoſcimur. Si denique & iſta pars diviſa ſit, ſunt, qui putent, utrumque fieri religioſum, eo, quod ſumma ſit ratio, quæ pro religione facit. *l. 44. ff. de D. R.* Mihi tamen placet, neutrum fieri religioſum, *arg. l. 44. ff. d. t.* ubi aperte deciditur, quod una ſepultura plura ſepulchra non poſſit efficere. *Schamb. loc.*

23 Q. IV. *Si cædes in confinibus viciniis, & ſi ſe quaſi contingentibus, commiſſa fuerit, quis erit Judex competens delicti?*

Variæ ſunt hujus quæſtionis ſententiæ; ſunt, qui putent, illum eſſe judicem competentem, in cujus territorio caput jacet, quia hoc eſt principalior pars hominis, *d. l. 44. ita Zanger. de except. p. 2. cap. 1. n. 137. Harp. Inſt. hic. n 5.* Sed diſplicet hæc ſententia, eſto enim caput principale corporis humani membrum ſit, tamen exinde non probatur, cædem ibi commiſſam eſſe, ubi jacet, cum facile ab uno loco in alium volvi potuerit, præſertim, ſi a trunco avulſum fuerit.

Sunt alii, qui opinentur, illi Judici competere cognitionem, in cujus territorio pedes jacent, eo, quod ibi vulnus inflictum videatur, ubi pedes terram premunt, ut proinde præſumatur per lapſum duntaxat reliquum corpus in alterius territorium procidiſſe. Sed neque horum dogma arridet; quoties enim accidit, ut lethali vulnere affectus per aliquod itineris ſpatium procurrat? quoties fit, ut cadaver ab uno loco rapiatur in alium? quoties contingit, ut morituri diu cum morte luctentur, ac dolorum impatientia ab uno loco in alium ſe ipſos volvant? & quid, ſi quis in fuga trajiciatur, ſic in alio loco trajectus concidat, humique procumbat, quam ubi ſtetit trajiciens? ſane ex eo, quod pedes aliquo in loco jaceant, non infertur, ibi delictum patratum eſſe.

Rectius meo judicio ſentiunt, qui in caſu, quo omnes conjecturæ prorſus deficiunt, ad utriusque territorii dominos ſimul pertinere docent cognitionem delicti. Ratio: quia in dubio illa opinio amplectenda eſt, quæ magis ſtudet diſciplinæ publicæ, & diſcordias tollit, qualis videtur iſta poſterior. *Ita Bachov. ad Treutl vol. 1. diſp. 19. th. 4. Carpzov. p. 3 q. 11. n. 24.* ubi ait: ſi in uno tantum territorio ſanguis appareat, magnam eſſe præſumptionem, ibi delictum commiſſum eſſe. Item, ſi tale vulnus, aut ictus fuerit, ut in omnium exiſtimatione vero ſimile ſit, quod trucidatus de loco, quo ſtetit, pedem movere non valuerit, pariter præſumptionem eſſe violentam, ibi delictum conſummatum eſſe. Vide quoque *Boer. de Juriſdict. cap. 9. n. 12.* qui iterum alterius eſt opinionis, quam tamen refutat. *Carpzov. loc. cit. n. 19.*

§. Sanctæ. 10.

24 Res ſanctæ dicuntur, quæ peculiari lege ab omni injuria, & violatione hominum munitæ, atque defenſæ ſunt. Unde advertis, denominationem rei ſanctæ a forma extrinſeca, puta ſpeciali ſanctione, qua res ab omni violatione defenditur, provenire. In hunc cenſum pertinent, I. DEUS T. O. M. Beatiſſima Virgo, & Cælites, qui non tantum theologice, ſed etiam civiliter ſancti ſunt, ſanctionibus capitalibus conſtitutis in blaſphemantes. *Nov. 77. cap. 1. §. 1.* II Imperator, *l. ult. Cod. de ll. ibi. Quid enim majus, quod ſanctius Imperiali eſt Majeſtate?* III. *Imperium Romanum*, das heilige Römiſche Reich. IV. *Portæ, & muri civitatum.* Nam pœna capitis ſtatuta legitur in eos, qui aliquid in portas, & muros civitatis deliquerunt, *text. hic, & l. ult. ff. de D. R. Franz. Inſt. h. t. §. 4.* quod tamen cum grano ſalis intelligendum, videlicet, quod ille demum pœna capitis afficiatur, qui animo hoſtili aliquid in portas, & muros civitatis deliquit, forte quia portas fregit, ut hoſtes intromitteret, vel muros tranſcendit, ut civitatem traderet.

Si vero quis non animo hoſtili muros civitatis tranſcenderit, non pœna ordinaria, ſed extraordinaria afficiendus erit. Sic is, qui fugam arripuit, & adverſarium perſequentem aliter evitare non potuit, ſi exiliit e muro, aut per funem ſe demiſit, neqnaquam pœna capitali afficiendus eſt; quia ignoſcendum ei, qui ſanguinem ſuum qualiter qualiter redemit, *l. 1. ff. de bon. eor. qui ante ſentent. Harp. n. 19. Mort. n. 10.* Ubi refert Dolæ in Comitatu Burgundiæ ſe vidiſſe, quod, cum quis vallum tranſcendiſſet, non hoſtili animo, neque contemptus, aut ludibrii cauſa, veluti Remus Romæ fecit, propterea fuerit fuſtigatus. Simile exemplum recenſet *Carpzov. part. 1. q. 40. n. 11.* quod is, qui animo non hoſtili muros civitatis tranſcendit, pœna perpetuæ relegationis affectus fuerit. Verum enim vero cum in *l. ult. ff. de D. R.* mentio duntaxat fiat de violatoribus urbis Romæ,

Q. V. *An etiam pœna capitalis locum habeat in violatoribus murorum, & portarum reliquarum civitatum, & municipiorum?* Sunt, qui *negativam* fortiter propugnent, *ita Schneid. n. 3. ber. Bachov. ad Treutl. vol. 2. diſp. 20. th. 1. lit. C. Menoch. l. 2. arbit. jud. quæſt. cent. 5. c. 453. n. 2.* Moventur I. quia *d. l. fin.* nominatim loquitur de civibus Romanis, ut proinde, incluſio unius ſit excluſio alterius. II Quia in *ead. l. fin.* fit mentio exempli Romuli, & Remi, qui poſterior, cum ſaltu muros Romæ inſultaret, a Romulo, fratre ſuo, dejectus eſſe perhiberetur, ut proinde conſtitutio *d. l. fin.* de muris duntaxat Romæ procedere videatur. III In violatores murorum municipiorum competit interdictum, ſive actio extraordinaria, prout docet *l. pen. & l. ult. ff. ne quid in loc. public.* IV Quia odia reſtringenda ſunt. 25

Verum, rejectis his argumentis, *affirmativa* præplacet, cui quoque applau-

plaudunt *Hunn. ad Treutl. loc. cit. q. 1. Harp. n. 6. & 7. Carpzov. loc. cit. n 12 Franz. Inſt. §. 4. n. 14. h. t.* Ratio ſola, ſed ſolida eſt: quia is, qui res ſanctas hoſtili animo violavit, capitali ſupplicio debet affici, *text. h. t.* ſed muri, & portæ municipiorum ſunt res ſanctæ *l. 8. ff. de D. R.* his verbis: *In municipio muros quoque eſſe ſanctos, Sabinus recte reſpondit.* Accedit, quod ideo pœna capitalis in violatores muri civitatis Romanæ ſtatuta ſit, quia abominandum eſt alia, quam per portas via, e civitate egredi, quæ ratio in omnibus aliis muris militat. Quam ſententiam pariter ſolidiſſime firmabat glorioſiſſimæ memoriæ Auguſtiſſimus Imperator Leopoldus *in art. bell. 29.* ubi ex allegata ratione transgreſſoribus murorum cujuscunque fortalitii pœnam capitalem decernit, cui ſanctioni, utpote ſubjectæ materiæ omnino naturali, & praxi firmatæ, ſtandum erit. Ergo.

Ad I. R. Cives Romanos non duntaxat illos dici, qui ſunt incolæ urbis Romanæ, ſed & omnes omnino, qui Imperio Romano ſubſunt *l. 17. de ſtat. homin.* II. Exinde cadit, quod exempla non reſtringant, ſed regulam declarent, *l. 1. §. 25. ff. de vi, & vi armata.* III Non tractat de caſu, quo quis animo hoſtili, & ludibrii cauſa muros civitatis tranſcendit; ſed de illo caſu, quo quis inædificavit muro civitatis. *Hunn. d. lo.* IV. Facilis eſt ſolutio, illa enim regula tunc demum procedit, niſi favor Reipublicæ cum odio privato concurrat; nam, ſi favor Reipubl. ſimul concurrit cum odio privato, tunc odia extendi, & ampliari poſſunt, quia odium privatum cedit favori publico, ac proinde odia non reſtringuntur; atqui in noſtro caſu concurrit odium privatum, & favor publicus, cum publice interſit, muros civitatis non violari, pulchre *Harp. n. 16. hic.*

V. Res ſanctæ etiam ſunt *Leges, l. 9. §. 3. ff. de D. R.* non tamen omnes; ſed illæ, in quarum transgreſſores gravior pœna legitur conſtituta. Sicuti enim muri civitatum dicuntur ſancti, quia ſpeciali Jure ab omni violatione hominum ſunt muniti, ſic quoque leges dicuntur ſanctæ, ſi ſpeciali Jure ab omni violatione hominum ſunt munitæ. *d. l. 9. § 3. & l. 41. ff. de pœnis.* VI. Rebus ſanctis annumerantur *termini lapidales*, vulgo die Marck-Stein, quos transferre non tantum lege Divina prohibitum eſt, *Deuter. 8. 18. 24.* his verbis: *Non aſſumes, & transferes terminos proximi tui. c. 27. v. 27. Maledictus, qui transfert terminos proximi ſui.* Sed etiam ab urbe condita recenſet *Weſenb. in parat. fin. regund. n. 2. & Mynſing. § quadam actiones Inſt. de act.* Numa Pompilius conſtituit pœnam capitalem in eum, qui lapides finibus moviſſet. VII. Res ſancta dicitur *domus propria*, quæ, teſte Cajo *l. 27. ff. de in Jus vocando*, tutiſſimum ſit refugium, atque receptaculum. VIII. Res ſanctæ dicuntur *Aſyla, Legati, Miniſtri publici*, Item loca, quibus *Salva Guardia* eſt præfixa, vulgo der Burger-Fried, ut, ſi quis ibi delinquat, amputatione manus puniatur. De quibus omnibus, & adhuc aliis rebus ſanctis vide *Mann. Inſtit. a n. 14. uſque ad n. 31.*

§. Singulorum. 11.

Res ſingulorum ſunt *res privatæ*, ſive uniuſcujusque propriæ, quæ ſcilicet ſunt in privatorum, & ſingulorum do-
26 minio; harum autem dominium acquirendi modi duo ſunt, *Naturalis*, & *Civilis*. Naturalis acquirendi dominii modus eſt, qui inter omnes homines peræque ſervatur, ut *Occupatio*, *Traditio*, *&c.* Civilis, qui inter cives Romanos lege quadam introductus eſt, v. g. *Uſucapio*, *aditio hæreditatis*, *&c.*

Ad verſ. Commodius.

Declarat hic Imperator, quod prius de modis naturalibus acquirendi agere velit, qui a vetuſtioribus incipiendum eſt; atqui palam eſt, vetuſtius eſſe Jus Naturale; quam Jus Civile: Naturale enim cum ipſo genere humano prodiit; Civile vero tunc eſſe cœpit, cum civitates condi, Magiſtratus creari, & leges ſcribi cœperunt. *text. hic.*

Diximus, duos eſſe modos acquirendi dominii. Jam vero priusquam agamus de illis modis acquirendi do-
minii, juvabit in veſtibulo nonnihil
27 ruminaſſe, *quid ſit dominium?* Dominium a variis varie definitur, prout videre eſt apud Glettle *parte 1. ſelect. quæſt. 13. n. 2. Pobenſtuber, in tit. de J. & J. p. 1. cap. 1. §. 3. n. 13. Hannold. tit. 2. de J. & J. cap. 1. controv. 2. §. 7. n. 62.* Mihi placet, quod dominium ſit *Jus, de re aliqua plene, ac libere diſponendi, niſi id Jure, vel conventione prohibeatur.* Ita docet *Menz. ad rubric. h. t. n. 13. Schmeid. § 11. Inſt. h. t. n. 2. Schamb. Inſt. hic.*

Dicitur I. *Jus*, quæ vox loco generis poſita eſt, multi enim præter dominium ſunt, qui habent Jus: ſic, qui *ſervitutem*, *pignus*, vel *hypothecam* haber, dicitur habere Jus in re: item, qui *obligationem*, vel *actionem* habet, debet habere Jus ad rem, ut proinde latius pateat Jus, quam dominium. Quid vero ſit *Jus in re, & Jus ad rem*, alibi dicemus, interea vide *Franz. Inſt. h. t. p. 2. §. 1. n. 1.*

Dicitur II. *de re aliqua*, ſubintelligitur corporali, ad differentiam rerum incorporalium, in quas dominium proprie non cadit; ſed in illis dicimus habere Jus, veluti ſi tibi competat *ſervitus paſcendi in alterius fundo*, non diceris habere dominium iſtius ſervitutis, ſed Jus *l. 25. ff. de V. S.*

Non obſtat *l. 3. ff. ſi uſufr. petat.* ubi dicitur, dominium uſusfructus dari; ſed uſusfructus eſt res incorporalis; ergo etiam rei incorporalis datur dominium. Enimvero R. in res incorporales dominium cadere duntaxat impropie. *Harp. prin. Inſt. h. t. n. 13. Schneid. Inſt. hic. n. 2.*

Dicitur III. *Perfecte, & libere diſponendi*, ad differentiam poſſeſſionis, quæ eſt Jus inſiſtendi rei corporali *l. 1. ff. de acqv. vel amit. poſſ.* Et in hoc præcipuum dominii officium eſt, quod quis perfecte, & pro libitu de re aliqua, cujus eſt dominus, diſponere, atque

atque adeo non tantum uti, & frui, ſed & illa abuti poſſit. Quilibet enim eſt rei ſuæ moderator, & arbiter, *l. 21. Cod. mandati*, & abuſus rei ſuæ cuilibet eſt conceſſus. *arg. l. 25. ff. de hæredit. petit.* Ubi apparet differentia domini a Jure in re, tametſi enim Vaſallus, Emphyteuta, fructuarius Jus in re habeant, non tamen pleno Jure de illo Jure diſponere poſſunt. Item creditor, qui pignus, vel hypothecam habet, dicitur habere Jus in re, & tamen non poteſt regulariter alienare pignus, aut illo abuti. *Manz. rubr. Inſt. t. n. 16. Harp. princ. Inſt. h. t. n. 30.*

Dicitur IV. *Niſi lege, vel conventione prohibeatur*, quia reperiuntur aliqui, qui, licet rerum ſuarum ſint domini, tamen res ſuas alienare, vel libere de iis diſponere non poſſunt, forte, quia lex ipſis adminiſtrationem ademit, vel, quia ſe ipſos pacto, vel conventione libera diſponendi facultate privarunt. Sic *maritus*, licet ſit dominus rei dotalis, *l. 9. Cod. de R. V.* lege tamen *Julia* prohibetur, etiam conſentiente uxore, illud alienare, cum Reipublicæ interſit, dotes mulieribus conſervari, *l. 1. ff. ſolut. matrim.* Item *pupillus*, & *minor*, licet ſint domini rerum ſuarum, non tamen poſſunt ſine tutore, vel curatore authore de rebus ſuis plene diſponere. § 2. *Inſt. quib. alien. licet Schm. n. 2. & Manz. n. 19.* Sic quoque, tametſi quis rerum ſuarum dominus ſit, pacto tamen liberam diſponendi poteſtatem ſibi poteſt reſtringere, pacta enim dant legem contractibus. *l. 23. ff. de R. J.* ubi tamen tenaci memoria ſervandum, multum intereſſe, an Jure, ſeu lege, an conventione tantum alienatio inhibita ſit? priori enim caſu alienatio, contra prohibitionem facta, ipſo Jure nulla eſt: poſteriori vero adhuc tenet, *arg. l. 15. Cod. de R. V.* Ratio differentiæ eſt, quia pacta contrahentium non niſi perſonas contrahentes ligare, lex vero & ipſas res poteſt afficere. Unde contraveniens pacto, actum, quo alienat, non facit nullum, niſi lex ſpecialiter concurrat *l. 7. § 2 ff. de diſtract. pig.* ſed tenetur duntaxat parti ad intereſſe, quanti ſcilicet intereſt pactum ſervatum non eſſe. Ita in terminis *Schamb. hic, Brunnem. in d. l. quotiens 15.*

Dividitur dominium in *plenum*, & *minus plenum*. *Plenum* eſt Jus diſponendi tam quoad proprietatem, quam quoad uſum fructum. *Minus plenum* eſt Jus diſponendi vel tantum de proprietate, vel tantum de uſufructu. 28

Minus plenum dominium *ſubdividitur in directum*, & *utile*. *Directum* vocatur, quod penes eum eſt, qui tantum habet nudam proprietatem. *Utile* vocatur, quod penes eum eſt, qui habet uſum, & omnem utilitatem, ex proprietate provenientem. Directum dominium dicitur habere dominus directus in rebus feudalibus, & emphyteuticis. Utile vero habere dicitur Vaſallus, Emphyteuta in bonis feudalibus, & emphyteuticis. Sunt, qui iſtam *diviſionem* rejiciant, eo quod authoritate Juris deſtituta, & in nullo textu Juris fundata ſit; aſt, cum rem ipſam reperiamus in *lib. 2. Feud. tit. 8. cap. 1. § res*, in verbis: *quaſi dominus*, iſta logomachia curanda non

non eſt, & malo, doctrinæ melioris cauſa, id, quod uſu recepto invaluit, ſequi; quam de lana caprina rixari. Plures dominii diviſiones tradit *Schambog. Inſt. hic*, *& Franz. p. 2. §. 2. Inſt. h. t.* ego illas alio loco magis congruo diſcutiam.

Dices : Omnia inter homines ſunt communia; ergo gratis forte diſceptatur de rerum diviſione, aut diſtinctione dominii ℞. Verum eſſe, quod in primordio mundi, & ab initio generis humani omnia fuerint communia; verum per peccatum originale natura humana adeo corrupta eſt, ut ſæpe robuſtiores, & potentiores prohiberent alios a rerum uſu, & fructu, atque adeo ignavi ſemper alieno labore ali, & ſuſtentari vellent, magis ſuarum virium præcellentiæ confiſi; quam laboris induſtriæ intenti, ideo ratio naturalis dictabat, iniquum eſſe, quod ignavi, & deſides alieno labore alerentur; & cum præterea appareret, ſine rixis, atque diſcordiis, quas parit communio *l. 77. § 20. ff. de legat. 2.* communem rerum uſum procedere non poſſe, facta eſt rerum diviſio, earumque dominia diſtincta ſunt. *Schneid. n. 9. hic. Mynſing. §. 1. Inſt. de J. N. G. & C. n. 5.*

Jam vero, *an dominiorum diſtinctio rectæ rationi, & ſacris litteris conſentanea ſit, ac conformis?* diſcutere longum foret. Quod Jure Divino confirmata ſit, docet ſat luculenter ſeptimum præceptum Decalogi: *Non furtum facies.* Deinde, filios Adami, protoplaſti, & primi parentis noſtri, habuiſſe diſtinctos, & proprios greges, agroſve, patet ex *Gen. c. 4. v. 2. & 4.* ubi legitur, quod Cain de fructibus terræ, Abel vero de primogenitis gregis ſui munera DEO obtulerit. *Accedit* præterea, quod frequenter in ſacris paginis fiat pauperum, & divitum mentio, atque inter eos diſtinctio; *Exod. c. 22. v. 25. c. 23. v. 3. 6. & 11.* quæ diſtinctio inepta foret, ſi rerum diviſio Juri Divino, aut ſacris paginis adverſaretur. *Harp. n. 55.* ubi prolixo calamo tuetur diviſionem rerum; & illam dari, plus, quam manifeſtum eſt, ut proinde, quam quiſque rem ſibi propriam fecit, illa ſine facto ſuo privari non debeat. *l. 11. ff. de R. J.* Jus enim quæſitum nemini invito auferendum eſt, *l. fin. ff. de pact.* Ubi tamen

Q. VI. *An Princeps ſubditos ſuos Jure quæſito privare poſſit?* ℞. Intereſſe, an juſtam cauſam, puta *utilitatis* publicæ, habeat, nec ne? Si Princeps cauſam juſtam non habeat, intrepide tenendum, ſubditos ſuos Jure quæſito privare non poſſe. Ita uno ore docent *Harp. prin. Inſt. h. t. n. 115. Covarruv. reſol. lib. 3. cap. 6 n. 5. Mynſing. centur. 5. obſ 93. Gail. 2. obſ. 56. Bachov. ad Treutl. vol. 1. diſput. 5. the 6. lit. A.* Item *th. 5. lit. H.* Ratio I. deſumitur ex *l. 11. ff. de R. J.* quæ docet, id, quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro ad alium transferri non poſſe. Quæ ipſa regula, cum fundata ſit in ipſo Jure naturali, etiam in perſona Principis locum obtinet, utpote, qui legibus, & principiis naturalibus non eſt exemptus. *Zoeſ. ad ff. de R. n. 24.* Ratio II. deſumitur a notabili exemplo, quo DEUS Regem Achab graviter punivit, eo quod vineam Nabothi 29

bothi vi, atque injuria occupaverit. 3. *Reg.* 21. ut exinde ſatis liqueat, non licere Principi ſine juſta cauſa ſubditos Jure quæſito privare. *Hunn. var. reſol. lib.* 9. *tract.* 1. *q.* 2.

Non *obſtat* I. *l.* 1. *ff. de conſt. princ.* & § 6. *Inſt. de J. N. G. & C.* ubi expreſſe reſcribitur, id, quod Principi placuit, habere vigorem legis, atque adeo, ſi Principi placuerit, alteri Jus quæſitum auferre, id pro lege obſervandum erit. Enim vero ℞. id demum, quod Principi placuit, habere vim legis, quod non repugnat Juri naturali, aut Juri Divino; jam vero paulo ante demonſtravimus, repugnare Juri naturali, & Divino, ſine juſta cauſa alterum Jure quæſito privare.

Non *obſtat* II. Quod Imperator ſit dominus mundi, *l.* 9. *ff. ad leg. Rhod. de jact.* & omnia, quæ in mundo ſunt, Cæſaris eſſe, intelligantur; *L. ult. Cod. de quadrien. præſcript.* ergo Princeps de omnibus rebus poterit pro libitu diſponere, quilibet enim eſt rei ſuæ moderator, & arbiter, *L.* 21. *Cod. mandati.* ℞. enim I. in *d. l.* 9. mundum non eſſe accipiendum pro univerſo terrarum orbe, ſed duntaxat pro territorio Cæſaris. Deinde Principem eſſe dominum territorii ſui, quoad Juriſdictionem, & protectionem, non etiam quoad proprietatem ſingularum rerum. ℞. II. *d. l. ult.* quod illa tantummodo procedat de bonis patrimonialibus, & fiſcalibus, de quibus ibidem agit Imperator, non vero de bonis ſubditorum.

Non *obſtat* III. Quod ſacrilegii inſtar ſit, de poteſtate ſummi Principis dubitare, aut diſputare, *L.* 3. *C. de crimin. ex Sac. ſig.* Siquidem ℞. *d. l.* 3. non procedere in iis, quæ tendunt in præjudicium, & detrimentum tertii, ut puta, ſi Princeps in Conſiliarium, vel ad aliud officium elegiſſet talem, qui vel propter ætatem, vel propter rerum notitiam minus idoneus foret, hoc in caſu dubitare, & diſceptare, num dignus ſatis ſit, nec ne? Sacrilegii inſtar foret. Princeps enim, promovendo inhabilem, aut minus idoneum, cenſetur eundem habilitaſſe, ac defectum ſuppleviſſe. *l.* 57. *ff. de Re jud.* Longe aliter ſe res habet in iis, quæ ſine legitima cauſa ex plenitudine poteſtatis per Principem in grave præjudicium tertii fiunt, veluti ſi cui res ſuas, vel Jus quæſitum auferret, tunc enim quærentem, & inveſtigantem, an Jure id fiat, ſacrilegii arguere, amentia foret. *Harp. loc. cit. n.* 132. Ubi adhuc 10. *argumenta contraria* reſolvit.

Non *obſtat* IV. Quod in Principe ſit pro ratione voluntas, ut alia juſta cauſa non deſideretur ad Jus quæſitum alteri auferendum; ſed ſufficiat plena, & abſoluta poteſtas, qua Princeps pollet. ℞. enim ex dictis voluntatem Principis, ſine juſta cauſa alteri Jus quæſitum auferre volentis, non Principis eſſe, ſed Tyranni. Nec agnoſcimus in Principe abſolutam, & plenam poteſtatem, hæc enim tyrannica eſt, & Princeps ex Jure gentium, & ab ipſis populis originarie, & immediate conſtitutus eſt, ut populi utilitatem, & ſalutem Reipublicæ procuret. *Rechov. loc. cit. th.* 5. *lit. H. Hunn. var. reſol. loc. cit.*

Si Princeps juſtam cauſam habeat, puta emolumentum, vel neceſſitatem Reipublicæ, *Communi* DD. calculo comprobata eſt ſententia, poſſe ſubditis Jus quæſitum tollere, & eos rerum dominio privare. *Gail. l. 2. obſ. 59. Hunn. var. reſolut. loc. cit. q. 3. Mynſing. loc. cit.* Ratio ſola, ſed ſolida eſt; quod favor publicus privatæ utilitati præferendus ſit, *l. 3. Cod. de primipil.* Hinc illud Ciceronis: *Salus Reipublicæ ſuprema Lex eſto.* Et, publicæ utilitatis gratia, a regulis Juris communis frequenter receditur, multaque permittuntur, quæ alias ſunt interdicta, & prohibita. *l. 51. in fine ff. ad leg. Aquil.*

Non *adverſatur*, quod naturali æquitati repugnet, cum alterius jactura locupletari, *l. 206 ff. de R. J* aut alterum lædere, *l. 10. ff. de J. & J. §. 3. Inſt. eod.* R. enim dicta principia naturalia non procedere in iis, ubi verſatur juſta cauſa, puta favor, & ſalus Reipublicæ. Hoc enim in caſu favor publicus utilitati privatæ præferendus eſt. Quotieſcunque enim concurrunt duæ rationes naturales, illa vincit aliam, quæ fortior eſt, qualis eſt, quæ fundatur in utilitate publica. *Künig ad decret. lib. 2. tit. 26. n. 4.*

Ex dictis ſua ſponte fluit, quod Princeps, utilitatis publicæ cauſa, domum ſubditi ſui demoliri, aut ejus fundum, ubi vicinum pro dilatandis foſſis, vel extruendo propugnaculo occupare, aut ſuburbia deſtruere, vel incendio, ne hoſtes eo ſe recipiant, conſumere poſſit; ita tamen, ut Princeps pretium rei deſtructæ ex ærario publico teneatur refundere; vel ſi ærarium non ſufficiat, cives compellat contribuere, ut pretium refundi poſſit. *Gail. loc. cit. n. 8. & 9. Hunn. var. reſol. loc. cit. Feſq. lib. 2. claſſ. cont. c. 5.* niſi ipſorum privatorum conjuncta cum Principe inſeparabilis utilitas rei talis everſionem expoſcat.

§. Feræ 12.

90 I. Et antiquiſſimus dominii, Jure naturali acquirendi, modus eſt *Occupatio*, quæ nihil eſt aliud, quam earum rerum, quæ nullius propriæ, ſed Jure naturali omnium hominum communes ſunt, apprehenſio. Tales res ſunt *feræ beſtiæ*, *volucres*, *piſces*, & omnia *animalia*, quæ *mari*, & *terra* naſcuntur. Hæc ſimul, atque ab aliquo capta ſunt, Jure gentium ſtatim fiunt capientis, *text. hic*, & *l. 1. §. 1. ff. h. t.* Ratio: quia circa res, quæ nullius, & communes ſunt, obtinet *regula*, quod cedant occupanti. *text. hic.* Sicuti autem triplicis generis ſunt animalia, puta *terreſtria*, *aquatilia*, & *volatilia*, ita quoque tres ſunt ſpecies occupationis, puta *venatio*, *piſcatio*, & *aucupium*. Per venationem occupantur animalia terreſtria, per piſcationem aquatilia, per aucupium volatilia. *Schambog. Inſt. hic. Gail. l. 2. obſ. 66. 67. & 68.*

Ad

Ad verſ. Neque intereſt.

Diximus: *Animalia feræ occupantur.* Hoc loco traditur ampliatio prædictæ concluſionis, ut videlicet nihil interſit, ſive quis capiat volucres, & feras in ſuo, ſive in alieno fundo. Ratio: quia aër communis eſt omnibus; in aëre autem aves volant, & feræ beſtiæ, ob inſtabilitatem, quia hinc inde vagantur, magis aëre, quam terra contineri videntur; ſicuti ergo tam in meo, quam in alterius fundo aërem poſſum capere, ita aucupari, aut venari poſſum tam in meo, quam in alieno fundo. *Perez. Inſt. hic.*

Ad verſ. Plane,

Si quis fundum alienum ingrediatur, venandi, aut aucupandi gratia, a domino fundi, ſi is præviderit, poterit prohiberi, ne ingrediatur, ne enim invito, non licet vicino ire per agrum meum. *l. 11. Cod. de ſervitut.* Quodſi, prohibitione non obſtante, ingreſſus fuerit, actione injuriarum tenetur, *l. 13. §. fin. ff. de injur.* quia vim, & injuriam facere dicitur, qui, invito domino, in ejus fundo verſatur. *Mont. n.* 23. fera tamen, contra prohibitionem capta, fit occupantis, nec tenetur domino fundi illam occupans reſtituere, ita *Harp. n.* 19. Ratio: quia prohibitio non facit, ut fera, in fundo alieno conſiſtens, deſinat eſſe communis; licet enim fundus ſit privatus, feræ tamen beſtiæ, quæ in eodem libere vagantur, communes adhuc, & in nullius bonis ſunt, ut proinde naturali ratione occupanti cedant. *Mont. n. 26. Perez. Inſtit. hic*

Dixi: *Non tenetur domino fundi illam occupans reſtituere*, quoniam tum demum quis obligatur ad reſtitutionem, quando alteri res ſua ablata eſt, atqui fera, licet in fundo alicujus libere vagetur, antequam vivario includatur, non eſt domini; *l. 1. & l. 3. ff. de D. R.* ergo illam non tenetur reſtituere. *Harp. n. 22. Schneid. n. 7. hic. Franz. p. 2. §. 3. n. 22. Diſſ. h. t.*

Non repugnat, quod ex delicto ſuo nemo debeat reportare commodum; *l. 12 § 1. ff. de furt.* atqui domino prohibente, ingredi fundum ejus, feramque capere eſt delictum. *l. 16. ff. de S. P. R.* ergo. Enimvero. *R. Diſtin. maj.* Ex delicto ſuo nemo debet reportare commodum, ſi delictum directe, & proxime concurrat ad commodum, *Conc. maj.* ſi remote, & indirecte, *neg. maj.* & *conc. min.* ſic *diſting. conſeq.* & *neg. conſeq.* Commodum, quod reportat venator, reportat proxime ex captura, & occupatione feræ exiſtentis in naturali libertate, non vero ex ingreſſu, qui remote tantum, & indirecte ad commodum concurrit, & magis nocet, quam prodeſt ingredienti, utpote producens actionem injuriarum. *l. 13. §. fin. ff. de Injur.* Sane, reportare commodum indirecte ex delicto in Jure non videtur paradoxum eſſe, prout patet in emptore ſecundo, qui in dominio rei traditæ prævalet primo. Ea ex nuptiis

pcus, contra priora ſponſalia contractis, utpote, quæ ponunt legitimum matrimonium. *Fram. loc. cit. n. 23. & Harp n. 30.* ubi plura argumenta contraria reſolvunt, quæ omnia allegare prohibet inſtituti ratio.

Ad verſ. Quidquid.

Q. hic, *quamdiu fera maneat in dominio occupantis?* R. Imperator conſ. que, donec occupantis cuſtodia contineatur, & coërceatur, quam ſi evaſerit, & in naturalem libertatem ſe receperit, ipſius eſſe deſinere, atque turſus communem, adeoque iterum occupantis fieri. In naturalem vero libertatem ſe recepiſſe tunc intelligitur, cum vel oculos noſtros penitus effugerit, vel ita in conſpectu noſtro ſit, ut difficilis ſit ejus perſecutio. *l. 8 ff. h. t.* quod prudentis viri arbitrio, ex circumſtantiis, dijudicandum relinquitur. *Schambog. hic.*

Dicta de Jure communi obtinent; aliud *de conſuetudine* ſervatur, qua inſpecta, Principes hodie Jus venandi ſibi arrogant. Imo Jus venandi hodiernis moribus Regalibus Principis accenſeri, & inveſtituris ab Imperatore Principibus, & aliis nobilioribus vaſallis ſpecialiter conferri, pauci ſunt, qui non acriter propugnent. *Hermes ad Jus publ. c. 11. n. 164. Speidel. in ſuo ſpecul. lit. I. verb.* Jagen. *Roſenthal. de feud. cap. 5. concl. 94. n. 6. Carpz. p. 3. conſt. 32. defin. 17. n. 10.* ubi ait, nemini hodie, etiam in ſuo territorio, venari licere, niſi, cui id nominatim eſt conceſſum. Quam ipſam ſententiam in hoc Auſtriæ Archi-Ducatu ſervari, ſatis conſtat ex mandato generali Ferdinandi I. *de dato 21. Maji, 1557. &* Ferdin. II. *de dato 8. April. 1631. Fünſterw. lib. 3. obſ. 145. n. 26.*

Venatio ſecundum hodiernos mores vulgo dividitur in *altam*, & *baſſam*, ſive in bannum feratum ſuperiorem, & inferiorem. In noſtra vernacula in den hoch- und niederen Wild-Bahn. In primam claſſem revocatur das roth- und ſchwartze Wildprät, als Hirſch, Wild, Bären, Schwein. In ſecundam claſſem ſpectant, Rehe, Füchs, Haſen, Mäder, Wild-Katzen. Item Haſel-Hüner, Reb-Hüner, Schnepfen, Crommet-Vögel, Wild-Enten, &c. De Jure Auſtriaco venatio alta, ſive bannus ferinus ſuperior, germano idiomate vocatur der Wild-Bahn. Venatio vero baſſa, ſive bannus ferinus inferior, das Reiß-Gejädt. *N. Oe. Ordn. de Jurib. incorpor. tit. 9. §. 1. Fünſterw. l. 3. obſ. 146. n. 7* ubi ait vigore der N. Oe. Reiß-Gejädts-Ordn. illum, cui bannus ferinus ſuperior, der Wild-Baan, competit, nihil habere præcipuum, als Hirſchen, Wild, Bären, und Schwein, cætera vero, puta capreas, capricornos, & rupicapras; item phaſianos, tardas, tetraones, attagenes, perdices, &c. Rehe, Stein-Böck, Gems, Faſanen, Trappen, Auerhahnen, Haſel- und Reb-Hüner, &c. pertinere ad venationem baſſam, ſive bannum ferinum inferiorem. Porro, cum Jus venandi ſubditis, uti ab experientia luculenter conſtat, per Principes ademptum ſit, ideo

Q. VII.

31 Q. VII. *An Principes Jus venandi ſubditis ſuis Jure potuerint adimere?* Sunt, qui *negativam* ſuſtineant, quos recenſet *Didac. Covarruvias in c. peccatum. de R. J. in 6. p. 2. §. 8. n. 1.* & *Fach. l. 1. c. 1.* Moventur I. Princeps non poteſt tollere Jus naturale, atqui Jure naturali cuilibet licet venari; *text. hic. Weſenb. paratit. n. 7. de A. R. D.* ergo. II. Per *l. 13. §. ult. ff. de injur.* ubi in hæc verba diſerte reſcribitur: *Sæpiſſime reſcriptum eſt, non poſſe aliquem piſcari prohiberi, vel aucupari.* III. Si Principes Jus venandi ſubditis ſuis prohibere poſſent, vel maxime titulo immemorialis præſcriptionis deberent ſe tueri; ſed iſto titulo non poſſunt ſe tueri, quia res meræ facultatis, qualis eſt *Venatio*, non recipit præſcriptionem; *l. 2. ff. de via publ.* ergo.

Verum, his in contrarium nihil remorantibus, vera eſt, & communi DD. ſuffragio comprobata *ſententia*, Principes potuiſſe ſubditis ſuis Jus venandi Jure adimere. Ita tenent *Fach. l. 1. cap. 1. Harp. Inſtit. h. t. §. 12. n. 93. Zoeſ. ff. de A. R. D. n. 13. Mont. hoc. n. 44. Schamb. hic. Glettle Juriſprud. terrib. tom. 1. part. 2. c. 2. §. 6. n. 2. Carpzov. p. 2. de crimin. q. 88. n. 7.* Ex Theologis *Molin. tom. 1. de J. & J. tract. 2. diſp. 43. Leſſ. lib. 2. de J. & J. c. 2. dubit. 7. Haunold. tract. 5. de J. & J. cap. 1. controv. 3. n. 74.*

Prob. I. Quia Jus naturale non vult poſitive, & abſolute, ut feræ, volucres, piſces, & cætera animantia ſint communia, ſed tantum negative, & permiſſive, quatenus nullius ſunt, & naturali Jure vacantia; ergo Jus eorum adhuc eſt relictum diſpoſitioni Principis, qui, ſi illud ſubditis ſuis adimat, nullum privat proprietate, aut Jure quæſito, ſed tantummodo facit, ne Jus venandi ſit in incerto.

Prob. II. Princeps poteſt ex juſta, & rationabili cauſa Jus alteri quæſitum auferre, uti patet ab exemplo præſcriptionis; ergo multo magis ſubditis poterit venationem prohibere, tum, quod facilius tollatur Jus quærendum, quam quæſitum, atqui juſta ratio, & cauſa exegiſſe videtur, ut ſubditis Jus venandi adimeretur; ergo Jure ademptum eſt. *Subſumptum* oſtenditur: quia vaga, & promiſcua venandi licentia Reipublicæ ſummopere foret nociva. I. Quia ſubditi valde avocarentur a cultura agrorum, vini, &c. aliisque laboribus neceſſariis, quibus civitates conſervantur. II. Quia prætextu venationis ſubditi inſtruerentur armis, ac ita excitandis rixis, atque homicidiis, & latrociniis committendis feneſtra aperiretur. III. Quia promiſcua venandi licentia ingentem ferarum ſolitudinem produceret, ut forte celerius vulpanſerem trajecere poſſes, quam veram vulpem. IV. Quia conditioni Principis valde conſentaneum eſt, ut recreationem habeat, qua curas publicas ſoletur. Cæterum, ſi tibi dentes in carnem ferinam pruriant, æquo pretio eandem licebit emere. *Glettle loc. cit.*

Ad I. ℞. *Diſting. maj.* Princeps non poteſt tollere Jus naturale, poſitivum, ſive abſolutum, *conc. maj.* atqui Jus naturale vult commune eſſe Jus venandi negativum, *conc.* poſitivum, *neg. min.*

& *conſeq.* Jus naturale non ſtatuit poſitive, ut animalia ita communia ſint, ut in communi omnium dominio permaneant, ſed potius, ut nullius ſint. Illa autem, quæ nullius ſunt, ex cauſa publicæ honeſtatis, certo hominum ordini, a Principe alteri conferri, aut ſibi arrogari poſſe, vix ullus eſt mentis tam inſanæ, qui neget. Ad II. ℞. Iſtam legem loqui de privato, venationem, vel piſcationem prohibente ſine juſta cauſa. Ad III. ℞. I. Poſſe etiam Principes ſe defendere titulo immemorialis præſcriptionis, prout docet *Funſterw. loc. cit. obſ.* 45. *n.* 4. Res enim meræ facultatis etiam admittunt præſcriptionem, dummodo ex parte unius interveniat prohibitio, & ex altera parte acquieſcentia. *l.* 10. *ff. ſi ſervit. vind. l.* 6. *ff. de S. P. U. Harp. Inſt. hic. n.* 118. *Ohlingen. Inſt. h. t. q.* 27. *ob.* 2. atqui valde credibile eſt, Principes ſubinde ſubditis ſuis Jus venandi prohibuiſſe, ac prohibitioni ſubditos acquieviſſe. ℞. II. Principes, vi poteſtatis ordinariæ, ſuis ſubditis Jus venandi tollere potuiſſe; Princeps enim ea omnia facere poteſt, quæ juſta ratione fundantur, & in Reipublicæ emolumentum redundant, prout redundare prohibitionem venandi, ſupra demonſtratum eſt.

Cæterum, tametſi Principes Jus venandi Jure ſibi atrogent, non tamen poſſunt prohibere ſubditis, ne arceant, aut abigant feras a ſatis, aut fructibus depaſcendis, cum cuivis liceat ſua defendere contra quemcunque privatum, conſequenter a potiori contra beſtias, quas utique ſubditi alere non tenentur cum gravi ſuo detrimento. *Reinold. loc. cit. n.* 76. *Franz. Inſt. h. t. p.* 2. §. 3. *n.* 12. Sane Principes obligari ad damna reſarcienda, quæ per venationem, aut nimiam ferarum multiplicationem conſulte ſubditis intulerunt, nullus eſt, qui dubitet. *Molin. d. tr.* 2. *diſp.* 47. *Zoeſ. ff. h. t. n.* 14.

Q. VIII. *An pœna capitali affici poſſint, qui contra prohibitionem venantur? Item, an tales teneantur ad reſtitutionem?* ℞. I. Non paucos velle, ad reſtitutionem in conſcientia feripetas non teneri, quia furtum non committunt occupando rem communem, & prohibitio Principis non facit, quo minus feræ communes ſint, utpote, quæ in nullius dominio ſunt, & demum occupatione efficiuntur propriæ. *Schamb. hic.* ✠. *Dices ſecundo.* ℞. II. Tutius eſſe, ad 38
pœnam capitalem non decurrere contra feripetas; indignum enim, & homini inconveniens eſt, hominem ad imaginem DEI creatum, & Chriſti membrum, propter feram beſtiam mactari. *Bochov. vol.* 2. *diſp.* 20. *th.* 3. *lit. A.* Accedit, quod Carolus V. Imperator omnes fures in ſua conſtitutione criminali puniverit; feripetarum vero nullam mentionem fecerit, quare pœnæ graviores, a Principibus feripetis paſſim injunctæ, non ex beſtiæ intuitu, ſed legis pœnam talem comminantis tranſgreſſione, in quam delinquens tacite conſentire præſumitur, dimetiendæ ſunt. Illud tamen facile *conceſſero*, feripetam ter, vel quater deprehenſum, & correctum, ſi quinta vice revertatur, tanquam incorrigibilem, & contemptorem Majeſtatis humanæ, vita privari poſſe, juxta de-

decantatum illud: *Qui Principi non obediverit, morte moriatur!* vide *Glafe Jurisp. terrib. tom. 1. p. 2. c. 2. §. 8. usque ad fin.*

§. Illud. 13.

Q. hic, *an fera, ita vulnerata, ut capi poſſit, cedat vulneranti, an capienti?*

Trebatio, aliiſque placuit, cousque videri vulnerantis, donec eam perſequatur, quaſi licere non debeat, feram ab alio vulneratam, eidem eripere, & vulneratam, dum eandem perſequitur, inſidioſo curſu antevertere. Deinde potentia propinqua actui pro actu habetur; ergo etiam fera beſtia, ad mortem uſque vulnerata, haberi debet pro mortua.

Hoc non obſtante, contrarium ſtatuit Imperator, atque capientis eſſe, ex ratione, quia multa accidere poſſunt, ut is, qui lethaliter vulneravit, eam non capiat. Ex hac ratione infert *Schamb.* Si hæc circumſtantia, videlicet, quod nihil accidere poſſet, quod impediret a captu, feram vulnerantis eſſe, ſicuti, ſi in laqueum inciderit, ita, ut ſe extricare nequeat, cedit laqueum ponenti. *l. 55. ff. h. t.* Ad *rationem dubitandi* ℞. Quod potentia propinqua actui pro actu habeatur, ſi nihil poſſit intercurrere, quo actus impediatur, vel ſi potentia ita propinqua ſit, ut actus neceſſario ſequatur, ex vulnere autem mors non neceſſario ſequitur.

§. Apium, 14.

In *præmiſſis dictum* eſt, quod per occupationem ferorum animalium acquiratur eorum dominium. Verum, cum de quibusdam animalibus dubium ſit, num *fera* ſint, num *manſueta*, ideo hic Imperator tria genera animalium declarat, quædam enim prorſus ſunt fera, ut *cervi*, *urſi*, *apri*, *lepores*, *&c.* Et in his locum habet *regula* (pota de Jure communi) quod cedant occupanti. Quædam naturaliter ſunt fera, ſed conſuetudine cicurata, & hominum induſtria ita manſuefacta, ut a nobis abeant, redeantque, avolent, revolentque, veluti *columbæ*, *pavones*, & quandoque *cervi*, &c. Quædam naturaliter manſueta ſunt, veluti *gallinæ*, *anſeres domeſtici*, &c. *Mans. n. 2. hic.*

Q. nunc, *qualia animalia ſint apes?* 33 ad quod ℞. Imperator: *Apium quoque feram eſſe naturam.* Unde ſequitur, & in his *regulam* locum habere, videlicet, quod cedant occupanti. Sicuti autem volucres, quæ in arbore noſtra conſederunt, nidumque fecerunt, non prius noſtræ efficiuntur, niſi occupentur, ita etiam apes, quæ in arbore noſtra conſederunt, & mellificarunt, antequam alveo includantur, noſtræ non ſunt: ideo, ſi alius eas incluſerit, dominus earum efficitur per occupationem, *text. hic.* poterit tamen volens ingredi fundum tuum, ad includendas apes, a te prohiberi, ne ingrediatur, & poſt prohibitionem ingrediens, & includens apes, licet earum dominus fiat, tamen actione inju-

injuriarum conveniri, ſicuti *ſupra* diximus. Quod ſi vero examen apium evolaverit ex alveo tuo, tam diu manet tuum, donec in conſpectu tuo ſit, nec difficilis redditur ejus perſecutio. *Schneid. n. 5.*

Dicta procedunt, de apibus ſylveſtribus, de quibus eſt *l. ſi apes. 26. ff. de furt.* nam in iis, quæ cicures factæ ſunt, de quibus *textus* extat in *l. 8. ff. famil. hercis.* & ex conſuetudine, ac diuturna aſſuefactione avolare, & revolare ſolent, ea potius locum habent, quæ in ſequenti §. habentur. *Manz. n. 13. Weſemb. Inſt. hic n. 2.* Quid Jure Auſtriaco circa apes obtineat, vide die Satz- und Ordnung *de Jurib. incorp. tit. 9. §. 7. 8. 9. & 10.* ubi habentur iſta verba: Wann einem ein Schwarm Jmmen, oder Bien entgehet, und ſich über ein gewandten Weegs auf fremden Grund, oder Baum anleget, und der, dem er entflohen, denſelben aus Sorge, daß er ſich weiter legen möchte, nachkommt, ſo mag er ihne wohl ſchöpfen: doch ſoll er ihne hernach ſtehen laſſen, bis er den, welcher denſelben Grunde ſonſten zu genieſſen, deſſen erinnert, den er auch mit einem Hönig-Fladen darvon zu verehren ſchuldig. Da ſich ein Schwarm über ein gewandten Weegs auf einen fremden Grund, oder Baum angeleget, deme niemand nachkommet, ſo mag der Innhaber ſelbigen Grunds, oder Baums ſolchen Schwarm wohl ſchöpfen, und hinwegnehmen, iſt auch dem geweſten Eigenthumer des Schwarms nichts davon zu geben ſchuldig. Wann aber ein ſolcher verlaſſener Schwarm von einem andern gefunden wird, ſo iſt er, ohne vorhergehende Erinnerung des Grund-Innhabers, denſelben zu ſchöpfen, und hinweg zu nehmen nicht befugt; da aber der Innhaber des Grunds, oder Baums, worauf ſich der Schwarm angeleget, über beſchehene Erinnerung nicht bald hernach käme, und der Finder mit Bien-Körben ehender gefaſſet wäre, ſo mag er ihn wohl einfangen, und welcher ſelbigen behalten will, ſolle halben Theil des billigen Werths, nach Gelegenheit des Schwarm, und Hönig-Saams, ſamt denen Bien-Körben dem anderen bezahlen; Jedoch deme, der die Bien-Körb darzu bringet, die Wahl gebühren, entweder die Bezahlung des halben Theils anzunehmen, oder den Schwarm ſelbſt zu behalten. Leget ſich dann der Schwarm, ſo einem entgehet, in einer gewandten Weegs an, ſo mag der, welcher ihme nachkommet, ſochem ungeacht, weſſen der Grund, oder Baum iſt (doch ohne deſſen Nachtheil) wohl ſchöpfen.

§. Pavonum. 15.

Pavonum, & *columbarum* fera natura eſt. Ratio: quia feræ naturæ dicitur omne id, quod paſtoribus cuſtodiri nequit. *Schneid. hic. n. 6.* Non *obſtat*, quod evolare, & revolare ſoleant, hoc autem proprium ſit animalium cicuratorum; quia id non ex ſua natura, ſed per accidens ex diuturna conſuetudine, & aſſuefactione fit. Hinc ſupra §. 14. diximus, quædam an-

animalia eſſe naturaliter fera, conſuetudine tamen cicurata, quem in cenſum pertinent *Pavones*, *Columbæ*, imo etiam ſubinde *Cervi*, quorum naturam feram eſſe nemo negat, ire, & redire ſolent. *Manz. n. 3.* Circa iſta animalia obtinet *regula*, ut eousque noſtra eſſe intelligantur, donec animum revertendi habent. Unde, quamdiu hunc animum retinent, qui ex redeundi conſuetudine judicatur, ab alio occupari non poſſunt. *text. hic.* Adeo, ut, ſi intercepta ab aliquo fuerint, aut ſaltem a revertendi conſuetudine per meſcationes, artes, & fraudes averſa fuerint, in eum actio furti competat, cum non res communes, ſed res alienas, invito domino, contrectet. *Manz. n. 9. Harp. n. 9. hic.* Unde *colliges*, non licere alienas columbas ſine furti crimine capere 34
Schneid. n. 3. hic. Cæterum vero, quando hæc animalia conſuetudinem redeundi abjeciſſe videantur, & cenſeri debeant, judicis arbitrio relinquendum, quia, quæ facti ſunt, certo definiri non poſſunt. *Manz. n. 4.* Putant tamen aliqui, ſi duabus, vel tribus vicibus horis conſuetis non revertantur, animum revertendi depoſuiſſe, quia conſuetudinem induxit binus, vel trinus actus. *Schneid. hic. n. 4. Franz. p. 2. §. 3. h. t. n. 17.*

§. Gallinarum. 16.

Hactenus de animalibus prorſus feris, & naturaliter feris, conſuetudine tamen cicuratis. Sequitur de *manſuetis*, qualia ſunt: *Gallinæ*, *anſeres*, *oves*, *porci*, *&c.* Circa hæc enuntiat Imperator: *Si anſeres tui, aut gallinæ tuæ, aliquo modo turbati, turbatæve evolaverint, licet conſpectum tuum effugerint; quocumque tamen loco ſint, tui, tuæve eſſe intelliguntur.* Unde ſequitur, ſi quis, lucrandi animo, anſerem, & gallinam detineat, quod furtum committat. *text. hic.* quia furtum etiam in minima re, & quantitate committitur. *c. ult. cauſ. 14. q. ult.* non enim id, quod furto ablatum eſt, ſed mens furantis attenditur, ſive non ex quantitate, ſed affectu furandi delictum æſtimatur, licet in puniendo quantitas conſideretur. *Manz. n. 10.*

Dices: Actio de dolo non datur ob rem minimam. *l. 10. & 11. ff. de dolo*; ergo neque actio furti dabitur pro gallina, utpote re minima, quia actio furti æque infamat, quam actio de dolo. ℞. *Conc. ant. neg. conſeq.* diſparitas eſt, quod actio furti ſit ordinaria; actio vero de dolo ſit extraordinaria, prout DEO dante *lib. 4. tit. 6. Inſt.* audiemus, facilius autem remedium ordinarium, quam extraordinarium datur, & actiones ordinariæ coram dantur pro re minima. *Mynſing. Schneid. Manz. hic. Gail. 2. obſ. 102. n. 4.* Sic ob rem minimam raptam datur actio vi bon. rapt. *prin. Inſt. de vi bon. rapt.* ob cornua bovis condictio furtiva. *l. 14. §. 2. ff. de condict. furt. &c.* Interea Judex vehementer caveat, ne, ſi quis litiget de re minima, ſummum Jus tranſeat in ſummam injuriam.

In

In Archi-Ducatu Inferioris Auſtriæ cites recenſita animalia ita ſe habet: Die neue Satz-und Ordnung, *de Jurib. incorp.* § 3. & 11. Wann einer ein Wild, oder Geflügel erziehet, das von- und zu Hauſe zu gehen, oder zu fliegen gewohnet wäre, und jemand fienge, ihme daſſelbe wiſſentlich aufhielte, der iſt es ſchuldig wieder zu geben, ſonſten ſoll er auf fürkommende Klag in Gewalt erkennet, beynebens auch vor Gericht derentwegen abſonderlich geſtraffet werden. So jemand ſeine Tauben, Gänß, Pfauen, und dergleichen entfliehen, ob ſie ſchon aus der Eigenthumer Geſicht kommen, und ihnen nicht nachgeſetzet wird; ſollen ſie doch dem wiſſentlichen Eigenthumer, wo er ſie antrift, wieder erfolgen, iſt auch derjenige, bey deme ſie eingeflogen, dem Eigenthumer, wann er ihn wiſſete, deſſen zu erinneren ſchuldig; Und, wer ein- oder anderes nicht thut, ſoll von der Obrigkeit darzu gehalten, auch beynebens, um der unbilligen Vorenthaltung willen geſtraffet werden.

§. Item ea. 17.

35 II. Modus acquirendi de Jure gentium eſt *Occupatio in bello*, nam ea, quæ ex hoſte capimus, Jure gentium ſtatim noſtra fiunt, *text. hic. & in l. 5. ff. h. t.* Ratio autem hujus non eſt illa, quod tales res nullius ſint, quoniam hoſtes revera domini ſunt; ſed quia pro derelictis habentur, res autem pro derelicto habitæ cedunt occupanti; *§. pen. h. t. Pomereck. Inſt. hic.* vel ideo, ut homines ſcelerati, juſto bello victi, coërceantur, & ut milites ſpe prædæ alacriores reddantur. *Harp. n. 2. Perez. Inſt. hic.* Dicta *concluſio* in tantum ampliatur, ut etiam liberi homines, in bello capti, in ſervitutem noſtram deducantur; ratio eſt eadem, quæ *ſupra*. Quod ſi tamen taliter capti evaſerint ſive vi, ſive fallacia poteſtatem hoſtium, & ad ſuos reverſi fuerint, poſtliminii Jure libertatem priſtinam recipiunt. *text. hic.*

Hodie inter Chriſtianos, propter charitatem Chriſtianam, & quos magis fratres invicem, quam ſervos eſſe, decet, Jus captivitatis ceſſat; ac proinde, etiam juſtiſſimo bello capti, de conſuetudine generali, capientium ſervi non fiunt; certam tamen pecuniam, lytri nomine, id eſt: Die Ranzion, debent perſolvere, & ſic redimuntur. *Harp. n. 10. hic. Mant. n. 7.* Si nempe capitulatio, vulgo ein Cartel, inter militantes erecta, & lytrum pro qualitate captivorum determinatum fuit; alias enim tantum permutatio perſonæ æqualis pro æquali locum habet. Iſta autem *concluſio* limitatur, ut tantum de rebus mobilibus, non etiam immobilibus procedat; hæ enim publicantur, hoc eſt, illius efficiuntur, cujus auſpiciis bellum geritur; tales autem res immobiles ſunt v. g. *agri, fundi, prædia, arces, urbes, &c.* quibus etiam *tormenta*, cæterique apparatus bellici, *annona*, & *pecunia publica*, immediateque bellum gerenti propria annumerantur. *Mant. n. 12. Schneid. hic.*

Du-

Dubitatur, an *capta ab hoſtibus prioribus dominis veniant reſtituenda, ſi virtute bellica denuo hoſtibus auferantur?* R. Certam eſſe *ſententiam*, res immobiles, hoſtibus devictis, receptas in præda non eſſe; ſed poſtliminio ad ſuos dominos reverti. Ita ſancit aperte *text. in l. 20. § ff. de captiv. & poſtlimin. reverſ.* Cæteras vero res privatas, & mobiles in præda manere, verius eſt per *l. 28. ff. eod.* Ratio, quia per occupationem Jus quæſitum habent. *Harp. n. 21. Zoëſ. ff. de A. R. D. n. 18.* Hodie acquiſitio rerum hoſtilium in bello videtur pendere ex liberalitate bellum gerentis, proinde tantum cedet privato, quantum Princeps volet. *Franz. Inſt. h. t. p. 2. §. 3. n. 49.* In caſtris tamen Cæſareis indifferenter res mobiles occupantis manent, & a pluribus ſimul acceptæ, id eſt: auf einer Parthey, intra Officiales, & gregarios a proportione ipſorum ſtipendiorum dividuntur; Jedoch daß dem Parthey-Führer eine Verehrung zum Voraus gereichet werde; res autem mobiles ab inimicis sociis abreptæ, & ab aliis recuperatæ ante 24. horas Jure poſtliminii praxi bellica gaudent, iis elapſis, reoccupantis manent.

§. Item lapilli. 18.

36 III. Modus acquirendi de Jure gentium eſt *Inventio.* Nam, ſi quis *lapillos, gemmas, margaritas, conchas*, vel alias res in mari, vel littore maris invenerit, & apprehenderit, is naturali ratione ſtatim dominus illarum efficitur; eſtque *ratio*: quia hujusmodi res ſunt nullius, ſive communes, ut ipſum littus, & ideo invenienti, ſive occupanti cedunt. Dicit autem Imperator: *in littore maris*, nam, quæ in privatis locis, vel viis, & itineribus publicis reperiuntur, inventoris non fiunt, ſed priſtini domini manent, & etiam per publicum præconium ei reddenda ſunt; alioquin furtum committitur, *c. 6. cauſ. 14. q. 5.* Ratio quia, quod tuum non eſt, ſcire debes, ad alium ſpectare, *l. fin. Cod. unde vi.* Dictum deinde *invenerit, & apprehenderit*, ratio, quia ad acquirendum non ſufficit hæc videre, & alii oſtendere, ſed neceſſe eſt, apprehendere, & occupare, inventio enim non fit oculis, ſed manu; non viſione, ſed apprehenſione. *Perez. Inſt. hic.*

Q. III. *Si duo ſimul in littore maris ambulent, & unus prius gemmam videat, alius vero prius apprehendat, cujus erit gemma?* Sunt, qui prius videnti conſignent. *Bachov. ad Treutl. vol. 2. diſp. 20. th. 2. lit. H. Schamb. hic.* 37
Prior ita ſcribit: *Fatendum eſt, aliam eſſe rationem animalium, quæ ſe ipſa movent, aliam rerum mobilium inanimatarum, ſupra terram apparentium, in quibus licet apprehenſione opus ſit, exiſtimaverim tamen, quoniam iſta res de loco ſe movere non poſſunt, etiam aliquid aſpectui tribuendum eſſe; veluti, ſi quis gemmam, prono a ſe viſam, animo eam apprehendendi, demonſtret alteri, dicens ſe gemmam ibi invenire, potiorem ſe eſſe debere, neque alterum prævertendo, dominium ſibi vindicare poſſe.*

II. Ly *invenire* ex communi hominum acceptione eſſentialiter apprehenſionem non requirit; dum enim quis

quis gemmam ante ſe jacentem videt, vere dicit, ſe gemmam inveniſſe; ergo non requiritur apprehenſio.

III. Dicitur in textu: *Statim inventoris fiunt*, id eſt: etiam ante apprehenſionem. IV. Poteſt alteri tradi fundus per ſolam viſionem; *l. 1. §. pen. ff. de acq. vel amitt. poſſ.* ergo a fortiori etiam acquiri res, quæ ante adhuc nullius eſt.

His non obſtantibus probabilior, & longe verior eſt *ſententia*, rem occupantis fieri. *Haunold. de J. & J. tr. 5. controv. 1. cap. 1. n. 2. Harp. Inſt. hic. n. 5. Trautl. vol. 2. diſp. 20. th 2. lit. H. Manz. n. 6. & Schneid. n. 4.* Ratio I. quia occupatio, non viſio, eſt modus acquirendi; nullum enim textum oſtendere poſſis, qui dicat viſionem eſſe modum acquirendi. Ratio II deſumitur ex particula *item*, quæ eſt repetitio præcedentium clauſularum cum ſuis qualitatibus, atqui in *praecd.* §§. dictum eſt, quod non ſufficiat ad acquirendum rerum dominium *viſus*, ſed *occupatio* requiratur; idem ergo etiam de hoc modo inventionis dicendum erit. *Accedit*, quod verba cum effectu accipienda ſint. *l. 1. §. hac autem ff. quod quisque Juris*, *&c.* Hinc fac vigere ſtatutum, ut ille, qui furem, vel latronem invenerit, habeat centum. Plane videnti ſolummodo iſti centum non debentur; ſed apprehendenti, & occupanti. *Schneid. loc. cit.* Ratio III. patet ex *l. 3. § 3. ff. de acq. vel amitt. poſſ.* ubi dicitur, quod ſolo animo non poſſimus acquirere poſſeſſionem, ſi non antecedat naturalis apprehenſio. Huic *l. 3. § 3.* adjungo *l. 1. §. 1. d. t.* ubi dicitur, quod margaritæ, in littore maris inventæ, ejus fiant, qui primus earum poſſeſſionem nactus eſt. Jam ſic arguo: Res communes, in littore maris inventæ, ejus fiunt, qui poſſeſſionem earum prius nactus eſt. *d. l. 1. §. 1.* Sed poſſeſſio ſolo animo, ſive ſola viſione, non acquiritur; *d. l. 3. §. 3.* ergo ejus non fiunt, qui tantummodo vidit, & non apprehendit. Ratio IV. quia talis gemma nullius eſt, atqui circa res, quæ nullius ſunt, tradita eſt *regula*, quod Jure naturali primo *occupanti* NB. (non dicitur *videnti*) cedant.

Ad I. *dico*: Rationem differentiæ, quam *Bachov.* inter res, quæ ſe movent, & quæ ſe movere non poſſunt, authoritate Juris deſtitui, & contrarium involvi per particulam *item*. *Accedit*, quod etiam theſaurus ſit res, quæ ſe movere non poteſt, & tamen theſaurus non cedit videnti, ſed occupanti. Ad II. *dico*: Ly *invenire* apprehenſionem requirere, verba enim cum effectu accipienda ſunt. Deinde inventio *deſinitur*, quod ſit occupatio rerum inanimatarum, quæ nullius ſunt. *Franz. Inſ. h. t. p. 2. n. 30.* Non vero definitur, quod ſit viſio, adeoque ſignum eſt, quod apprehenſio ad inventionem requiratur. Ad III *R.* Statim inventoris fiunt, atque res inventas apprehenderit. Ad IV. *Conc. ant. neg. conſeq.* Traditio enim ad ſuam formam non requirit de manu ad manum rei translationem; cum etiam per fictam manum res tradi poſſit. *Accedit*, quod ad traditionem perficiendam plus non requiratur, quam, ut alter Jus, quod habet in re, in me transferat, ſic enim jam acquiro ejus dominium, quia

omne

omne Jus, quod habuit, in me tranſtulit. Contra, ut rei communis, quæ nullius fuit, acquiram dominium, debet aliquid intercedere, quod dominium tribuat, ut res deſinat eſſe communis, atqui nihil eſt, quod tribueret dominium, niſi occupatio; ergo.

§. Item ea. 19.

IV. Modus acquirendi eſt *Fœtura*, *nativitas*, ſeu *procreatio animalium*. Quidquid enim ex animalibus, dominio noſtro ſubjectis, naſcitur, Jure naturali, ſeu gentium nobis acquiritur, *text. hic.* cujus hæc eſt *ratio*, quia fœtus, ſive partus, eſt veluti pars ventris; non poteſt autem pars alio Jure cenſeri, quam totum; ergo, cujus totum eſt, ejusdem, neceſſe eſt, & partem eſſe, quoniam pars toto continetur. *Harp. n. 2. hic.* Ratio alia, quia acceſſorium ſequitur ſuum principale, & partus ventrem. *l. 7. Cod. de R. V.* cujus igitur eſt venter, ejus eſt & partus. *Manz. n. 2.* Unde ſua ſponte fluit, quod, ſi equam meam equus tuus prægnantem fecerit, non ſit tuus, ſed meus equulus, qui natus eſt. *Herzog. & Vinn. Inſt. hic.*

§. Præterea. 20.

38 V. Modus acquirendi dominii eſt *Alluvio*. Nam ſi flumen per alluvionem agro tuo aliquid adjecerit, Jure gentium tibi acquiritur. Eſt autem alluvio incrementum latens, cum quid ita paulatim prædio noſtro adjicitur motu fluminis, ut intelligi non poſſit, quantum quoque temporis momento adjiciatur. *Ratio* hujus dominii acquirendi a variis varia redditur. I. eſt hæc, quam allegat *Schmid. n. 1.* quia nullus hic verſatur poſſeſſoris animus, nullum ejus factum, quo magis alieno fundo quidquam detrahatur, & ſuo adjiciatur; conſequens eſt, ipſam naturam ſua ſponte per alluvionem id appropriare fundo, cui accedit. II. Ratio adornatur ab *Harp. hic.* quia acceſſorium ſequitur ſuum principale. *l. 178. ff. de R. J.* & pars ſequitur naturam totius, ita, ut cujus eſt totum, illius merito ſit & pars, quæ toti accreſcit. Æquitas vero hujus acquiſitionis ex eo augetur, quod, quæ alluvione accreſcunt, ita latenter, & obſcure aliis locis detrahuntur, ut non intelligatur, quorum prius fuerint, & quibus ſint detracta, proindeque, licet quis maxime vellet prioribus dominis illa reſtituere; non tamen poſſet, cum, qui domini fuerint, ignoretur. III. Ratio aſſignatur a *Manz. hic. n. 4.* quia iſta res, quam aqua vehit, cenſetur eſſe communis; ergo is ſit dominus, cui adjicitur.

Sane, fundus limitatus, puta, qui certis limitibus circumſcriptus eſt, ac authoritate publica ſignatus, Jure alluvionis non gaudet. *l. 16. ff. de A. R. D.* Ratio, quia dum fundus facto publico ſignatus eſt, ſatis declaravit Reſpublica, quod Jus alluvionis ſibi velit reſervare. Fundus illimitatus vero, ſive cujus limen eſt ipſum flumen,

 gau-

gaudet Jure alluvionis. *text. hic* & *arg. L. 16. ff. de A. R. D. Fritſchius de Jure alluv. lib. 2. cap. 1. & lib. 1. cap. 2. n. 7.* Quemadmodum vero fundus limitatus Jure alluvionis non gaudet; ita quoque loca ſacra, religioſa, & ſancta Jus alluvionis non recipiunt, eo quod talia loca nullius eſſe dicantur, *l. in tantum. §. ſacræ res ff. de D. R.* quæ autem in nullius bonis ſunt, non gaudent Jure alluvionis, *Fritſch. loc. cit. n. 6. & l. 2. c. 1. n. 3.* Sed, *cujus erit inſula nata inter agros limitatos, vel loca ſacra?* Bartol. in eam condeſcendit opinionem, ut illorum inſulam fieri exiſtimet, qui poſt agros limitatos habent vicina prædia. *Contra* ſentit *Fritſch. loc. cit. cap. 2. n. 1.* ubi vide.

§. Quod ſi, 21.

Dictum fuit ſupra, *ſi latenter accreverit?* hinc, ſi vis fluminis notabilem partem alterius agro adjiciat, ea adhuc prioris domini manet. Ratio: quia pars per fluminis impetum de tuo prædio detracta, quamvis ad alterius prædium delata ſit, ſeparata tamen manet, nec pars ejus eſſe intelligitur. Quare tu, utpote adhuc dominus, partem iſtam adhuc vindicare potes; dummodo caveas vicino de damno invecto, *l. 9. §. 2. ff. de damn. infect. Harp. hic.*

Plane, ſi pars detracta diu adhæſerit fundo vicini, arboresque, quas ſecum traxit, ibi radices egerint, tunc partim propter negligentiam non repetentis, partim propter alimenta fundi alenꝛtis, alterius agri domino acquiritur. *text. hic.* Quando autem arbores in fundo alterius radices egiſſe cenſeri debeant, judicio ruſticorum ſtandum eſt; *ratio*, quia cuicunque de his, quæ ſunt artis ſuæ, vel profeſſionis, fides adhibetur, *l. 12. ff. de ſtat. homin. Manz. n. 12.* Non *obſtat* dictis *l. 5. §. 3. ff. de R. V.* ubi ita reſcriptum eſt: *De arbore, quæ in alienum agrum tranſlata coaluit, & radices immiſit, Varrus, & Nerva utilem in rem actionem dabant*; ergo, ſi prior dominus utilem in rem actionem habet, utique dominium ejus non amiſit, ſed retinuit; etenim actio in rem nemini, præterquam domino, competit. Non (inquam) *textus* iſte refragatur, ad cujus ſolutionem, licet varii varia excogitaverint, placet tamen iſta, quam *Harp. n. 7. hic. Ludwel. Inſt. eod. Hunn. ad Treutl. vol. 2. diſp. 28. th. 5. q. 25. Manz. & Mynſing. hic.* in medium producunt, dicentes: Arbores ſive impetu fluminis, ſive facto hominis ablatas, ſi in alieno fundo radices egerint, a priori domino amitti, atque ei, cujus in fundo poſitæ ſunt, acquiri in tantum, ut is utilem actionem, ſi forte alius iſtas occupaverit, habeat. Utilis autem actio ibi dicitur, non quæ directæ opponitur; ſed, quæ ad agendum utilis eſt, & efficax, cum enim fundi illius, quo arbores ſunt poſitæ, dominus plenum acquiſierit dominium, neceſſario ſequitur, ut ei non utilis, ſed directa actio (quæ utilis vocatur, quod ad agendum efficax ſit, nullaque exceptione removeri queat) accommodetur.

§. In-

Google

§. Inſula. 22.

39 VI. Modus acquirendi dominium eſt *Inſula*, exinde ſic dicta, quod in ſolo, ſive mari ſit; eſt autem nihil aliud, quam terra, ſeu locus, undique aqua circumdatus. *Schneid. n. 2. hic.*

Inſula alia eſt *naturalis*, quæ ſemper fuit, ut *Corſica*, *Creta*, *&c.* Alia eſt *cauſalis*, ſive *accidentalis*, quæ in flumine ſæpe, & frequenter, in mari vero perraro naſcitur, & de poſteriori loquitur §. iſte, ſancitque, ſi in mari (quod tamen *raro* accidit) inſula naſcitur, occupanti cedat. *Ratio* eſt in *textu*, quia nullius eſſe creditur: quod autem nullius eſt, id naturali ratione occupanti conceditur; *Ratio rationis*: quia unaquæque pars judicatur ſecundum ſuum totum, & quod Juris eſt de toto, quoad totum, idem eſt de parte quoad partem. *L. quæ de tota ff. de R. V.* atqui Inſula cenſetur pars maris, ergo, ſicut mare, & littora maris nullius ſunt, ac proinde occupantis, ita quoque Inſula. *Manz. n. 4.*

Dictum eſt: *raro accidere, ut in mari Inſula naſcatur.* Ratio, quare id raro contingat, eſt, quia altitudo, & profunditas maris, ejuſdemque fluxus, & refluxus, nimis violentus, & magnæ undæ, atque procellæ vix patiuntur, terram coaleſcere, & in formam inſulæ exaggerari. Terræ motibus tamen quandoque id accidere, teſtatur *Plin. lib. 2. cap. 85. Manz.* & *Harp. n. 2.*

Ad verſ. Inſula.

40 Si Inſula naſcatur in *publico*, (quod *frequenter* accidit) tunc, ſi mediam partem fluminis teneat, id eſt, in medio fluat, fit eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia poſſident, pro modo ſcilicet *latitudinis*, id eſt *frontis*, *ſeu longitudinis* agri cujusque juxta ripam; hoc eſt, quantum unusquisque ſpatii, vel longitudinis habet juxta ripam, tantum quoque ſpatium habeat in ipſa Inſula. *Ratio* hujus acquiſitionis eſt, quia Inſula illa videtur decerpta ex ripis, utrinque vicinis, & proinde ad agros proximos pertinet. *Harp. n. 5. & 6.*

Ad verſ. Quod ſi alteri.

Quid, *ſi Inſula uni prædio ſit proximior, & non in medio naſcatur?* R. Imperator: Inſulam eorum tantum eſſe, qui ab ea parte prope ripam prædia poſſident. *Ratio*, quia ejus duntaxat fundi pars eſſe videtur, cui eſt proxima, & ab eo velut decerpta. *Perez. Inſt. hic.*

Quod ſi vero flumen ſe dividat, & agrum alicujus cingat (quod *Hotomanus* circumluvionem vocat) Inſula quidem fiet, manebit tamen ejus, cujus erat, *text. hic & in l. 7. §. 4. ff. h. t.* Ratio, quia ſpeciem agri non mutat; non enim fuit unquam facies ſoli mutata, & inſula non eſt recens nata, ſed terra jam occupata, & ab alio poſſeſſa, cujus forma, facies, & cauſa cum non mutetur, certe nec dominium mutari debet. *Manz. n. 28.*

Non *obſtat l. pen. §. 1. & ult. ff. de A. D. R.* ubi inſula publica eſſe dicitur. R. enim: inſulam ibi publicam dici ratione uſus, eamque non totam, ſed quoad extremitatem, quæ extremitas ſit loco & inſtar ripæ, & proinde uſu publica. *Bachov. Inſt. hic. & Ludwell. n.* 9. hic ubi ait: Inſulam inter duos agros limitatos natam fieri communem, atque ita occupantis. *L. 1. §. 6. ff. de fluminib. Fritſch. l. 2. de Jure alluv.*

§. Quod ſi naturali. 23.

41 *Alveus* eſt *locus & foſſa*, per quam aqua fluit, alii *ventrem*, alii *lectum*, alii *tub le fluminis* appellant, eſtque Juris publici, quamdiu flumini ſervit, ſicut ipſum flumen. *Schneid. n. 1.* quod ſi flumen naturalem ſuum alveum (hoc eſt, foſſam illam, per quam labitur) in univerſum dereliquent, & ad partem fluere cœperit, Wann das Waſſer einen andern Rinn-Fall genommen, tunc prior alveus eorum erit, qui prope ripam ejus prædia poſſident, pro modo ſcilicet latitudinis cujusque agri, quæ prope ripam ſit. *text. hic. Manz. n. 2.* Novus autem alveus fit ejus Juris, cujus Juris eſt flumen; cum ergo flumen ſit publicum, & alveus erit publicus. Ratio: quia pars ſequitur conditionem totius, alveus autem, quamdiu ſubeſt flumini, ejus pars eſt, & idcirco ejusdem juris cum flumine. *Harp. n. 4.* Quod ſi vero novus alveus iterum mutetur, & ad priorem alveum revertatur flumen, rurſus novus eorum fiet, qui proximos agros poſſident, non vero reddetur iis, quorum agros abſumpſerat. *text. hic.* Ratio eſt: quia mutata forma rei ſubſtantia interire dicitur, at horum agri veterem formam & ſpeciem mutaverant, ideoque ad priſtinos dominos non revertuntur. *Harp. n. 5.*

§. Alia ſane. 24.

42 Si ager alicujus *inundatur*, id eſt, aquis tegatur, tum poſſeſſio quidem interrumpitur. *l. 3. §. 17. ff. de acquir. poſſ.* dominium tamen non auffertur. *l. 7. §. 6. h. t.* niſi ſit inundatio perpetua, vel talis, quæ ſpeciem agri mutat. Non obſtat *l. Ager. 23. ff. quibus modis uſusfructus amittatur*, ubi dicitur, inundatione amitti proprietatem, & uſumfructum, ergo ipſum dominium. R. *Manz. hic. n. 8.* tamdiu etiam amitti dominium, quamdiu durat inundatio, puta, quoad effectum, ſeu (ut *Schamb. ait.*) amittitur dominium amiſſione facti, non ea, quæ jure fit, unde in *d. l. 7. §. 6.* dicitur, cum receſſerit aqua, palam eſt, ejusdem eſſe, cujus & fuit. Alter R. *Bachovius*, atque, neque proprietatem, neque uſumfructum proprie amitti, ſed tantum improprie, & apparenter, alias non reſtitueretur utrumque receſſu fluminis.

§. Cum ex. 25.

43 VII. Modus acquirendi de Jure naturæ eſt *Specificatio*, ſive (ut magis proprie loquar) *nova ſpeciei ex aliena materia conformatio, & effectio. Harp. n. 1. hic.*

bis. in *exemplo*, ſi quis alienis *uvis vinum*, *olivis oleum*, *ſpicis frumentum*; aut ex alieno *auro*, vel *argento*, vel *ære vas* aliquod fecerit, vel denique ex alieno *melle*, & *vino mulſum* miſcuerit. In his, & ejusmodi caſibus

Q. *quis novæ ſpeciei dominus fiat*, *an is*, *qui fecit*; *an potius ille*, *qui materiæ dominus fuit*? Circa hanc Q. vehementer altercabantur veteres JCti. Secta Sabinianorum tenebat, eum eſſe dominum, cujus materia fuit, quia ſine materia nulla ſpecies effici poteſt; ergo qui materiæ dominus fuit, idem ejus quoque, quod ex materia factum eſt, dominus erit. *l. adeo 7. ff. h. t.* II. Quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro ad alium transferri non debet. *l. 11. ff. de R. J.* III. Quod ex re mea fit, meum eſt. *l. 42. §. deniq. ff. ad exhib.* IV. Quia nemo cum alterius jactura debet locupletari. *l. 206. ff. de R. J.*

Verum hæc *ultima ratio* parum ad rem facit: nam is, cui dominium adjudicabitur, alteri æſtimationem materiæ, vel laboris præſtare, & reſarcire tenetur. *l. 43. §. 4. ff. de R. V. Schamb. hic.* SC. Proculianorum e contrario putabat, eum eſſe dominum novæ ſpeciei, qui ſpeciem fecit. Movebantur I. quia, quod factum eſt, antea nullius erat; *l. 7. §. 5. h. t.* ergo faciens cenſeri debet dominus. *Harp. n. 1.* II. Quia forma dat eſſe rei, ergo debet is eſſe dominus, qui rei eſſe dedit. *Schamb. hic.* III. Dignius trahit ad ſe minus dignum; *arg. §. 34. infra h. t.* dignior autem videtur eſſe forma, quæ dat eſſe rei, quam materia. *Mann. n. 13.*

Neutram *Sententiam* comprobavit *Juſtinianus*, verum *diſtinctionis* adminiculo diſcordiam *JCtorum* ſuſtulit, ſicque ſancit: aut enim ea ſpecies ad priorem, & rudem materiam poteſt reduci, aut non poteſt reduci: Si poteſt reduci, quemadmodum poculum conflatum reduci poteſt ad rudem materiam argenti vel auri, tunc is erit dominus novæ ſpeciei, qui materiæ dominus fuit; *ratio*, quia ſpecies non videtur novam formam ſuſcepiſſe, quæ tam facile reſolvi poteſt in priſtinam, & rudem materiam. *Schneid. n. 4.* Ratio alia, quia paria ſunt, eſſe tale, & ad tale poſſe reduci. *Mann. n. 15.* ubi infert, quod ſi poculum feceris ex meo argento, poculum meum fiet.

Si nova ſpecies reduci non poteſt ad priſtinam materiam, tunc nova ſpecies cedit ſpecificanti, v. g. vinum, vel oleum ad uvas, vel olivas non poteſt reduci, ergo vinum, & oleum illius ſunt, qui illa expreſſit. Item cereviſia ad lupulum, & hordeum redire non poteſt; ergo is dominus videtur, qui cereviſiam coxit, & braxavit. Ratio: quia quando ſpecies ad rudem materiam non poteſt amplius reduci, materia habetur pro deperdita, materia autem deperdita & extincta, dominium quoque ejus ſublatum cenſetur *Mann. n. 16.*

Non *obſtat. regula*, quod ex meo fit, meum eſt: nam ad veritatem illius regulæ requiritur aliqua iſtarum conditionum, ſcilicet, quod egomet faciam, aut alius meo nomine, vel mandato meo, vel ſine mandato, me tamen ratificante, vel denique, quod alius faciat mala fide. *Schneid. n. 4. hic.*

Porro, ut ſpecificans fiat dominus 44

novæ

novæ ſpeciei, plura adhuc concurrant, neceſſe eſt. I. ut bona fide novam ſpeciem confecerit, nam ſciens mala fide de aliena materia quid faciens, non fit ejus dominus, & videtur operam ſuam domino materiæ donare, *l. cujus per errorem. 52. ff. de R. J. Schneid. n. 5.* II. ut ſpecies ad antiquam rudem materiam reverti non poſſit. *text. hic.* III. ut faciens ſuo nomine id fecerit; ſi enim alterius nomine id fecerit, ejus efficitur, cujus nomine facta eſt ſpecies. *l. adeo. 7. §. 7. ff. de A. R. D. Harp. n. 10. & 11. Schneid. hic.* IV. & *ultimo*, ut nova ſpecies conſtituatur, nam, veteri ſpecie manente, & figura tantum externa mutata, res non fit ſpecificantis, ſed prioris domini manet, licet ad rudem materiam reduci non poſſit

Unde *infero*, ſi quis lanam alienam purpura, aliove colore tingat, aut tingendam curet, quod nihil ſuum faciat, ſed lana ejus maneat, cujus ante fuerat, quoniam novum duntaxat colorem, & non novam ſpeciem huic lanæ induxit. *l. 26. §. ult. ff. de A. R. D.* pariter, ſi quis ex alienis ſpicis frumentum excutiat, frumentum non excutienti acquiritur, ſed manet illius, cujus & ſpicæ fuerant; quoniam excutiens non nova grana fecit, ſed ea, quæ cortice occultabantur, & perfecta jam erant, detexit, ita aperte ſancit. *l. 7. §. 7. ff. eod. Harp. n. 8. hic.*

Obiic. §. 25. *hoc.* ubi dicitur, quod frumentum ad ſpecies reverti non poſſit; ergo frumentum bona fide excuſſum fit excutientis; ſed hoc repugnat memoratæ *l. 7. §. 7.* ℞. tantam eſſe inter iſtos duos *textus* diſcordiam, ut eapropter aliqui aut apertam antinomiam ſtatuant, aut erroris arguant Juris compilatores, acriterque in eos invehantur. Ego ſic puto rem comparari poſſe, ſi dicatur §. 25. *hic. ex d. l.* 7. §. 7. ſupplendum eſſe, & in *d.* §. 25. tantum inadæquate exemplum poni, non vero adæquate, hoc eſt, ut frumentum fiat excutientis, ſicut vinum expreſſum fit exprimentis Senſus ergo *textus* §. 25 eſt talis, ſi nova ſpecies non poteſt ad rudem materiam reduci, ſicuti frumentum ad ſpicas reduci non poteſt, & ſimul fiat nova ſpecies, tunc ea res fit ſpecificantis; jam frumentum habet quidem iſtam qualitatem, ut ad rudem materiam reducibile non ſit, alteram vero qualitatem non habet, ut excuſſum novam ſpeciem conſtituat. *Schamb. Inſtit. hic. Bachov. vol. 2. diſp. 20. th. 1. lit. A. & B. Manz. n. 24. Harp. n. 10.*

Ad verſ. Quod ſi partim.

Hactenus vidimus, quid Juris ſit, ſi nova ſpecies fiat ex materia, prorſus aliena. Nunc, *quis dominus novæ ſpeciei fiat, ſi quis eam, partim ex aliena, partim ex ſua confecerit, v. g. ex ſuo vino, & alieno mulſo vinum.* ℞. Imperator, dubitandum non eſſe, illum fieri dominum, qui fecit: *ratio*, cum non ſolum operam ſuam, & formam dederit, ſed & partem ejuſdem materiæ præſtiterit, naturalis enim ratio eum præfert, qui plus ad efficientiam rei contulit, & duplex cauſa vim præponderat. *Manz. n. 32.* Quod tamen ita demum verum

eſt,

eſt, ſi nova illa ſpecies ad priorem materiam atque cauſam reduci non poteſt, & ſi ſpecificans in bona fide fuerit. *Manz. n. 13.* & *Harp. n. 14.*

§. Si tamen. 26.

45 VIII. Modus acquirendi dominium eſt *Acceſſio*, cujus etiam eſt ſpecies *Intextura*, nam ſi quis purpuram alienam veſtimento ſuo intexuerit, licet pretioſior ſit, tamen veſtimento cedit, etenim de acceſſione hæc eſt regula Juris: ſi res quædam ſit confecta, ita, ut habeat propriam qualitatem, & formam, tunc id, quod ei tanquam pars accedit, toti cedit, ſic v. g. ſi quis *ſtatuæ brachium, ſcypho anſam, lecto fulcrum, domui cementum* adjecerit, id, quod additum eſt, toti cedit, *ratio:* quia acceſſorium ſequitur naturam, & conditionem ſui principalis. *Schmed. n. 2.* ubi tamen *Obſerva:* acceſſorium, & principale non conſiderari ex valore, & pretio rei; ſed magis ex diſtinctione & voluntate patrisfam. ſi iſte aliquid rei perficiendæ, vel ornandæ gratia adhibuerit, illud dicatur acceſſorium. *Schamb. hic.* Unde fluit, quod ſi aurum margaritarum, aut gemmarum cauſa adhibitum eſt, ut iſti lapides eo commodius geri poſſint, tunc aurum margaritis cedat. Si vero econtra margaritæ, & gemmæ adhibitæ ſint, ut aurum ornarent, tunc iſti lapides auro cedunt. *text. hic.*

Non *obſtat*, quod dignius trahat ad ſe minus dignum, & alias prævalentiæ ratio habeatur: iſta enim regula fallit, ſi dignius, & prævalens acceſſorie concurrat, tunc enim non pretium, & prævalentia ſpectatur, ſed id, quod accedit per modum acceſſorii, hoc ſive ſit pretioſius, ſive non, accedit toti & principali; nihil enim vetat, plus eſſe in acceſſione, quam in principali, ſemper enim acceſſorium ſequitur ſuum principale. *Manz. n. 6.*

Q. *Quæ ſit differentia inter acceſſionem, & ſpecificationem?* ℞. I. quod in ſpecificatione non conſideretur unum per modum acceſſorii, & alterum per modum principalis. ℞. II quod in ſpecificatione neceſſario requiratur bona fides; in acceſſione non attendatur, an bona, an mala fide res acceſſerit; cum regula indiſtincte habeat: acceſſorium ſequitur ſuum principale, & quia res, quæ acceſſit, pro extincta habetur, mirum non eſt, quod prior dominus dominium amittat, & rei vindicationem, quæ dominium ex parte agentis ſupponit, non habeat. *Manz. n. 13.*

Dices: Ergo prior dominus dominio rei ſuæ ſic defraudatur, ut nullam actionem habeat. ℞. tamen actionem habere, ubi tamen *Diſtinctio* adhibenda, *an bona, an mala fide quis purpuram ſuo veſtimento intexuerit.* Si bona fide, habebit prior dominus condictionem ſine cauſa. *Harp. loc. n. 3.* & *Manz. n. 17.* quæ non ad rem ipſam, ſed ad pretium rei amiſſæ agit. Datur autem communiter iſta condictio ſine cauſa tunc, quando quis dominium ſine facto ſuo amiſit, & res ab altero ſine juſta cauſa poſſidetur. *Manz. loc. cit.* Si vero mala fide, competit adverſus ipſum actio furti ad pœnam, & condictio furtiva ad æſtimationem. *Schamb. hic.*

Dices: Intexens eſt factus Dominus; ergo

ergo non tenetur actione furti ℞. quod furtum commiſiſſe dicatur tunc, quamprimum purpuram accepit, adeoque & tunc actio furti nata eſt, quæ ſemel nata, facto delinquentis extingui non poteſt; alias in ipſius voluntate, & poteſtate eſſet, utrum obligatus eſſet, necne. *Manz. n. 21.*

Dices: Si poteſt conditione furtiva prior dominus agere, poteſt etiam rem vindicare. ℞. *neg. ſeq.* quia ad vindicationem requiritur, ut res adhuc exiſtat; hic autem pro extincta habetur, unde ſi prius ad exhibendum ſit actum, & res exhibita fuerit, cum tunc dominium prius reviviſcat, tunc quoque vindicatio reviviſcit. *l. 6. ff. ad exhib. Schamb. hic.*

§. Si duorum materiæ. 27.

46 IX. Acquirendi dominium modus eſt *Confuſio*, quando ſcilicet materiæ ejusdem vel diverſi generis voluntate duorum dominorum confunduntur, vel ex iis certa ſpecies facta eſt; nam tunc illud corpus, quod ex confuſione fit, eſt utriusque commune, naturali ratione, propter voluntatem ſcilicet, & conſenſum dominorum, veluti *ſi qui vina ſua confuderint, aut maſſas auri, vel argenti conflaverint*, ſecus, ſi interveniat voluntas unius tantum: nam tunc ſpecies facta non fit communis, ſed unius tantum, qui eam fecit. *Amplíatur* hæc *Concluſio*, procedere etiam tunc, ſi caſu fortuito, qui neutri imputari poteſt, materiæ confundantur, ut corpus inde factum fiat commune, ita, ut actio *communi dividundo* inter eos locum habeat. *Schneid. hic.*

§. Quod ſi. 28.

47 X. Modus acquirendi eſt *commixtio*, veluti, ſi frumentum Titii tuo mixtum fuerit; differunt autem *Commixtio* & *Confuſio*. Confundi enim ea cenſentur, quæ confuſa pariunt novam ſpeciem, ut *Vinum* & *Mel* proprie confunduntur, & confuſa generant aliam ſpeciem, ſcilicet *Mulſum*. Item ex *Auro* & *Argento* fit *Electrum*. At commiſcere dicimur, quando confundimus res, quæ non tranſeunt in aliam ſpeciem, ſed priorem retinent, & manent in eadem ſubſtantia. Mixtio tamen ſæpe pro confuſione ponitur, & econtra. *Schneidew. 3.*

Dicta eatenus procedunt, ſi mixtio fiat voluntate dominorum, nam tunc pro indiviſo res fiunt communes, ita, ut contra illum, qui corpus mixtum in ſolidum poſſidet, alteri pro ſua parte detur actio *communi dividundo*. Quod ſi non voluntate dominorum, ſed caſu frumentum, vel aliud mixtum fuerit, non fit commune, nec actio communi dividundo, ſed rei vindicatio locum habet; præſertim quando diverſæ ſpeciei materiæ commixtæ ſint. Nam, ſi fere ſimilia commixta ſint, & dubium ſit, quantum, & quale ad quemlibet pertineat, tunc Judex ex officio ſuo illud æſtimabit. *Schneid.* & *Manz. hic.*

§. Cum

§. Cum in ſuo ſolo. 29.

48 XI. Acquirendi dominium modus per acceſſionem eſt *Ædificatio*, quæ vel fit ex materia aliena in ſuo ſolo; vel ex ſua materia in alieno ſolo; de priori caſu agitur hoc §. Si quis ex alienâ materia in ſuo ſolo ædificat, v. g. *domum, horreum, molendinum*, &c. fit ædificii dominus, quia omne, quod ſolo inædificatur, ſolo cedit, *text. hic.* Ratio rationis: quia acceſſio cedit principali, minus minori, pars toti. *Harp. n. 2.* & hoc procedit in ſolo privato; qui enim in ſolo publico ædificat, ædificium fit ædificantis, & non cedit ſolo. *l. 6. ff. de D. R.*

Ad ℣. Nec tamen.

Q. *An ergo is, qui in ſuo ſolo ex aliena materia ædificat, cum dominus fiat ædificii, etiam dominus fiat materiæ?* Dixeris, quod *ſic*, quia duo non poſſunt unius ejuſdemque rei in ſolidum eſſe domini; *l. 5. §. 15. ff. commodati* cum ergo is, qui ædificavit, fiat dominus ædificati, dominus materiæ, ejuſdem dominus eſſe non poteſt. At, hoc non obſtante, Imperator R. *contrarium*, quod non deſinat materiæ dominus eſſe, ratio: quia nemo invitus re ſua privandus eſt. *l. id quod noſtrum. ff. de R. J. Schamb. hic.* Ad rationem dubitandi R. bene fieri poſſe, ut quis dominus ſit totius; alter vero partium, aliud enim eſt ædificium, aliud materia. *Mom. n. 12.*

Ad ℣. Sed tantiſper.

Q. *An ergo dominus materiæ poſſit eam ab ædificante vindicare?* Dixeris, quod *ſic*, quia ut rei vindicatio locum ſortiatur, requiritur ex parte vindicantis dominium, & ex altera parte poſſeſſio; ſed ſic ſe habet; ergo. Hoc tamen non obſtante, R. licet ratio in contrarium allata regulariter vera ſit; hic tamen caſus exceptus eſt, propter *L. 12. Tabb.* quæ expreſſe prohibet, ne quis tignum alienum, ædibus ſuis junctum, eximere cogatur, *text. hic.* & *in l. in rem. 23. § 6. ff. de R. V.* Ratio eſt in *textu:* ne ædificia reſcindi neceſſe ſit, præſertim in civitate, ubi publice intereſt, ne aſpectus urbis deformetur, licet proinde, inſpecto rigore Juris, tignum (ſub nomine tigni venit omnis materia, ex qua ædificia fiunt, v. g. *lapides, trabes, calx, tegula*) alienis ædibus junctum, vindicari poſſit, tamen *l. 12. Tabb.* propter utilitatem publicam id ſolvi prohibuit, adeoque rei vindicationem differri voluit. Quod adeo verum eſt, ut ne quidem adverſus malæ fidei poſſeſſorem, qui ſcivit materiam alienam eſſe, rei vindicatio inſtitui poſſit, *l. 1. ff. de tigno juncto*, quia ratio utilitatis publicæ generalis eſt, ergo & prohibita.

Objic. l. in rem. 23. §. tignum. 6. ff. de R. V. ubi expreſſe dicitur, adverſus malæ fidei poſſeſſorem, id eſt, eum, qui ſciens tignum alienum ædibus ſuis junxit, ad exhibendum agi poſſe; ergo falſum eſt, quod *textus* hic aſſerit, nimi-

minimum ad exhibendum agi non poſſe. ℞ ex l. 1. § ult ff. de tigno juncto. Ubi dicitur, contra malæ fidei poſſeſſorem ad exhibendum dari actionem, non quaſi poſſideat, ſed quaſi dolo malo fecerit, quo minus poſſideat, dum tignum alienum ædibus junxit; paria autem ſunt, dolo poſſidere, & dolo deſiiſſe poſſidere. l. 150. ff. de R. J. Ex quo proinde infero, hanc actionem ad exhibendum concedi, non ad tignum, ſive rem ipſam, ſed ad æſtimationem tigni ablati recipiendam. Ratio: quia is, qui convenitur eo nomine, quod dolo deſierit poſſidere, non ad rem ipſam exhibendam, vel reſtituendam, ſed ad pretium, & æſtimationem rei condemnatur. Mant. n. 20.

Porro & alio remedio domino materiæ, ſive tigni, adverſus jungentem conſultum eſt, nimirum ex eadem l. 12. Tabb. actio ei data eſt de tigno juncto in duplum, ut ſi tignum, ſive materia valeat 50. jungens condemnetur in 100 text. hic & l. 7. §. 10 ff. de A. R. D. hujusque ratio eſt, ut domino compenſetur id, quod intereſt ipſius, quod tigno, & materia ſua ſine facto ſuo carere debeat; ſiquidem & alias id, quod intereſt, duplo taxari ſolet. l. 43. & 44. ff. de act. empti. l. 25. Cod. de evict. Harp. n. 11.

Dices: Si contra malæ fidei poſſeſſorem actio in duplum datur, fruſtra actio ad exhibendum, & rei vindicatio contra ipſum conceduntur, nullus enim ita hebes erit, ut ſimplum perſequatur, ſi duplum habeat perſequendi poteſtatem. ℞. ſi quis non pœnam, ſed rei æſtimationem velit conſequi, hactenus poterit ad exhibendum, & rei vindicatione agere, nemo enim prohibendus eſt temperantius agere. Mant. n. 29.

Q. IX. *An actione dupli, etiam bona fide jungens alienum tignum, vel tantum mala fide jungens teneatur?* Circa intricatam, ob diverſos Juris *textus*, hanc *quæſtionem* tres ſolent DD. figurare caſus. I. eſt, ſi quis furatus ſit, vel ſciens tignum alienum eſſe, illud ædibus ſuis junxerit. II. ſi quis tignum furtivum, ignorans furtivum, & alienum eſſe, bona fide junxerit. III. ſi quis alienum non furtivum bona fide junxerit. Quod in I. & II. caſu adverſus jungentem actio in duplum competat, omnes admittunt. 49

Difficultatis cardo in III. duntaxat caſu rotatur, in quo actionem ſolummodo in ſimplum, non vero duplum dari exiſtimant. Ita quoque ſentit *Zoeſ. ff. h. t. n* 49. *Moventur I.* Juri non convenit, ut is, qui delicto caret, puniatur; ſed bona fide jungens delicto caret; ergo puniri non debet. *Moventur II.* abſurdum eſt, bonæ fidei ædificatorem non eſſe melioris conditionis, quam malæ fidei ædificatorem, ſed in noſtra ſententia bonæ fidei poſſeſſor, ſive ædificator non eſſet melioris conditionis, quam malæ fidei talis, quia hic, & alter dupli actione impeteretur; ergo. *Moventur III.* per *l. quæ res* 98 § *fin ff. de ſolut.* ubi in hæc verba reſcribitur: *Denique Lex XII. Tabularum, tignum, ædibus junctum, vindicari poſſe, ſcit; ſed interim id ſolvi, id eſt, deſtrui prohibuit, pretiumque ejus dari voluit;* ſed pretium ſimplex, & non duplum, rei æſtimationem ſignificat. *Moventur IV.* per *l.* 63 *ff. de donat. inter vir. & uxorem,* ex cujus fine colligi poſ-

ſe

Google

ſe videtur, neminem hac actione in duplum teneri, excepto fure, nam JCtus in *d. l.* 63. ex eo, quod tignum non fuerit furtivum, intulit, actionem in duplum locum non habere, adeoque ex iſto textu evinci poſſe videtur, *actionem de tigno juncto* in duplum tantummodo dari adverſus furem. Verba *textus* hæc ſunt: *Sed in hoc ſolum agi potiſ, ut vindicatio, ſoluta re, competat mulieri non in duplum; neque enim furtivum eſt, quod, ſciente domino, incluſum eſt. Moventur V.* ex *l.* 1. *ff. de tigno juncto.* ubi dicitur ex *Lege XII. Tabul.* conſtitutum eſſe, ut de tigno furtivo actio dupli in furem accommodetur, ergo, ſi tignum non eſt furtivum, illa actio dupli accommodari non debet. Hoc argumentum a contrario ſenſu eſt deſumptum, quod in Jure noſtro frequentiſſimum, & fortiſſimum eſt. *l.* 1. *ff. de pact. dotal.*

Quamvis hæc *Argumenta* ſpecioſa eſſe videantur, ſuaque non deſtituta ſint mole, verior tamen, Jurique conformior eſt *Sententia*, quæ docet, actionem dupli adverſus quemcunque poſſeſſorem, ſive bona, ſive mala fide tignum alienum jungentem dari. Ita docent *Harp. hic. n.* 13. *Hunn. ad Treutl. vol.* 2. *diſp.* 18. *th.* 16. *q.* 35. & *ibi Bachov. Schamb. hic. Ludwell. n.* 2. *hic.* vide etiam *Glettle Juriſprud. terrab. tom.* 1. *p.* 2. *c.* 2. § 1.

Pro hac *Sententia* facit I. quod noſter §. 29 generaliter, & indiſtincte ſanciat, tignum, durante ædificio, *Leg. XII. Tabul.* vindicari non poſſe, ſed dari contra jungentem actionem in duplum; ergo cum noſter §. 29. non diſtinguat inter bonæ & malæ fidei ædificatorem, nos etiam diſtinguere non oportet. Facit II. idem § 29 *ſub finem* his verbis: *Quod ſi ædificium dirutum ſit, poterit materiæ dominus, ſi nondum fuerit duplum jam conſecutus, tunc eam vindicare, & ad exhibendum agere;* ergo a contrario, ſi duplum ſit conſecutus, actio ceſſat, quia tunc demum datur, ſi duplum non eſt conſecutus. Plane, iſta verba de mala fide jungente intelligi non poſſunt, quia licet dominus ab eo duplum acceperit, poſt dirutum tamen ædificium adhuc habet rei vindicationem, & ad exhibendum actionem. *L.* 1 *&* 2. *ff. de tign. juncto. Ludw. d. loc. & Harp. n.* 16.

Facit III. *l. in rem.* 23. §. 6. *ff. de R. V.* ubi dicitur: *Tignum alienum ædibus junctum nec vindicari, nec eo nomine ad exhibendum agi poſſe.* NB. *Niſi adverſus eum, qui ſciens alienum junxit; ſed datur actio de tigno juncto in duplum.* Iſte textus valde robuſtus eſt, ſic enim eundem expl co prima verba textus extra omne dubium ſunt referenda ad bonæ fidei poſſeſſorem, quia alias exceptio: *niſi adverſus eum, &c.* otioſa eſſet, ſi mala fide jungens in prioribus verbis includeretur. Ultima vero verba iterum ad bona fide jungentem ſpectant, quia particula *ſed* eſt adverſativa; ergo debet ad illa verba referri, quibus adverſatur, & opponitur, atqui adverſatur, & opponitur primis verbis, quæ bona fide jungentem involvunt, ita, ut ſenſus ſit, tignum alienum ædibus junctum nec vindicari, nec eo nomine ad exhibendum adverſus bona fide jungentem agi poteſt; ſed datur actio de tigno juncto in duplum. Aliter explicat *Harp. n.* 14. & ait, quod

ſit

ſit iſte ſenſus legis: licet adverſus malæ fidei poſſeſſorem tantum, non autem adverſus bonæ fidei poſſeſſorem rei vindicationem, & ad exhibendum actionem intentare valeamus; dupli tamen actione contra hunc nos experiri poſſe.

Facit IV. *l. gemma 6. ff. ad exhib.* in qua habetur, quod de tigno juncto ad exhibendum agi non poſſit, ſed detur actio in duplum. Err rebellis! & inclina pertinax caput, iſte textus de mala fide jungente nequaquam poteſt intelligi, ſed debet intelligi de bona fide jungente; quia adverſus eum, qui ſciens, id eſt, mala fide junxit, ad exhibendum agi poteſt. *d. l.* 23. §. 6. *Schamb. loc. cit.*

Argumenta contraria nullo labore diluuntur, ad I. enim R. *neg. ſuppoſ.* quod puniatur; mitius enim tractatur, quam ſummo Juri convenit. Si enim rigor Juris in hoc caſu obſervaretur, ad reſtituendum tignum conventus poſſet, licet cum graviſſimo, & fere intolerabili damno id faceret, cum ſcilicet domum reſcindere, ac reſolvere deberet; quando ergo exſolvendo duplum hoc damnum evitat, non tam mulctatur, quam beneficio afficitur. Aliter R. *Schamb.* & ait, quod alterum ſimplum non addatur per modum pœnæ, ſed compenſationis a lege introductæ, eo quod alter dominus cogatur invitus re ſua carere. *Accedit*, quod licet quis bona fide jungat alienum tignum, non tamen videatur omni culpa vacare, cum quemlibet optimum deceat diligenter in rei conditionem inquirere. *Harp. n.* 22.

Ad II. R. mala fide jungentem non eſſe ejuſdem conditionis, ſed deterioris; quia mala fide jungens, præter actionem hanc in duplum, tenetur etiam actione ad exhibendum. *d. l.* 23. § 6. Non quidem, ut tignum exhibeatur, cum id Lex XII *Tabul.* inhibeat, ſed, ut æſtimatio præſtetur, & ſic tenetur in triplum, quæ ſolutio confirmatur per *l. 1. §. fin.* & *l. 2. ff. de tign. junct. Schamb. loc. cit.*

Ad III. & fortiſſimum R. I. quod aliqui iſtam *l.* 98 §. *fin.* intelligant de eo caſu, quo quis tignum alienum, non furtivum, ædibus junxit, adeoque actionem in duplum non dari tunc, ſi quis bona fide tignum alienum, non tamen furtivum, ædibus junxit, ſed actionem duntaxat ſimpli locum habere. Quod ſi vero quis bona fide tignum furtivum ædibus junxerit, locum habere noſtram ſententiam, & per conſequens actionem in duplum, & de iſto caſu noſtra fundamenta facere. *Brunnem. in l.* 1. *&* 2. *ff. de tign. junct.* Verum ſupra jam me expedivi, ac oſtendi, *textus* generaliter & indiſtincte loqui, nec fieri differentiam, aut diſtinctionem in illa lege inter bona fide jungentem tignum furtivum, & tignum alienum non furtivum, proinde, rejecta hac reſponſione, utpote divinatoria, & Juris authoritate penitus deſtituta, de alia proſpiciendum eſt. Quare R. II. *d. l.* 98 § *fin. ff. de ſolut.* in qua adverſarii Achillem ponunt, loqui de mala fide, non autem bona fide jungente. Patet hoc exinde, quod ibi dicatur ex *Leg. XII. Tabul.* vindicari poſſe. Jam vero *Lege XII. Tabb.* tignum a bona fide jungente non vindicatur, ſed ſolum a mala fide jungente. *l.* 1. §. 2. *l.* 2. *ff.*

de

de tign junct. Itaque ſenſus legis eſt, præter actionem dupli mala fide jungens rei vindicatione imperi poteſt, non quidem de ſolvendo tigno, ſed de præſtanda æſtimatione, & hoc indicant illa verba: *pretiumque ejus dari voluit*, ut oſtendatur, præter actionem dupli, quæ ex aliis legibus conceditur, dari actionem in ſimplum, ut ſic triplum eveniat. *Hunn. ad Treutl. loc. cit. ✠. ad l. ℞ III.* Pretium ibi non ſimplam, ſed duplam æſtimationem deſignare, reperimus enim in Jure noſtro pretium, licet duplatum ſit, adhuc pretium dici. *l. 50 ff. de furt. Schamb. loc. cit.*

Ad IV ℞ *l. 63.* Non obſtare, quin maritus ex voluntate uxoris tignum ſuis ædibus junxit, eum vero, qui voluntate domini tignum jungit, in duplum conveniri non poſſe, nos ipſi fatemur, quia, qui ſcit, & conſentit, non videtur fraudati. Deinde lex potius noſtram *Sententiam* confirmat, quam infirmat, nam in illa lege ille duntaxat a dupli præſtatione liberatur, qui ſciente & patiente domino ædificavit; ergo a contrario, qui non ſciente domino tignum junxit, in duplum tenetur. *Schamb. loc. cit. in fin.*

Ad V. *dico:* argumentum a contrario locum non habere, ſi ſit contra expreſſos Juris textus. *Harp n. 19* Aliter obtinet de Jure Auſtriaco: Neue Satz- und Ordnung, *de Jurib. incorp. tit. 13. §. 3.* his verbis: Wann einer auf ſeinem eigenen Grund und Boden ein Gebäu von fremder Materi, und Bau-Zeug vornimmt, er thue es fürſetzlich, und mit Wiſſen, oder nicht, ſo iſt er gleichwohl nicht ſchuldig ſolches Gebäu wieder abzubrechen, und den darzu verbraucht-fremden Zeuge deſſen rechten Herrn erfolgen zu laſſen; ſondern, wann er es bona fide gethan, ſolle er den Zeug mit billigem Werth wieder erſtatten, und bleibet ihm dann ſein Gebäu ferner frey; hat aber er wiſſentlich fremden Zeug fürſetzlich verbrauchet, darumen mag ihme der, deme ſolcher gehöret, zu Wieder-Erſtattung deſſen, und Abtrag des erwieſenen Gewalts, mit Klag fürnehmen: wie auch, da es ein Diebſtahl wäre, wegen der Entfremdung anklagen, ſondern auch mit Gewalts-Klag, oder auch um die Entfremdung fürnehmen.

§. Ex diverſo. 30.

Hactenus de eo caſu, quo quis in ſolo proprio ex aliena materia ædificavit. Nunc vero de eo caſu, quo quis ex ſua materia in alieno ſolo ædificavit, & iſte caſus quoad ædificium convenit cum priori, ædificium enim cedit tanquam acceſſorium loci domino, ratio eſt eadem, quia quidquid ſolo inædificatur, ſolo cedit. Hoc adeo verum eſt, ut ædificium ſolo cedat, licet quis ſupra parietem alterius ædificaverit. *l. ſi ſupra. 28. ff. de A. R. D. Manz. n. 1.*

Q. *An in hoc caſu, quo quis ex ſua materia in alieno ſolo ædificat, materiæ dominus dominium, & proprietatem materiæ amittit?* dixeris, quod *non*, quia in caſu, quo quis in ſuo ex aliena materia ædificat, dominus materiæ ejus dominium, & proprietatem non amittit, nulla facta diſtinctione, vel differentia in- 50

inter ſcienter, & ignoranter ædificantem, ergo idem in noſtro caſu ſtatuendum. ℞ tamen, hoc non obſtante cum *diſtinctione*, an bona, an mala fide in alieno ſolo quis ædificaverit. Si bona fide, neſciens ſolum eſſe alienum, ædificet, tunc habet exceptionem doli mali adverſus dominum petentem ædificium, ſi materiæ æſtimationem, & impenſas factas ſolvere recuſet. *Schneid. n. 8. Schamb. hic* concordat *Conſt. Auſt. loc cit* §. 2. Wann aber einer dergleichen Gebäu aus ungefährlichem Irrtum auf fremden Grunde vorgenommen hätte, oder ſelbigen Grund bona fide mit gutem Glaub und Trauen innen hätte, ſo wird zwar das Gebäu auch des Grund-Herrn eigen: Jedoch iſt er, gegen der Abtrettung, ſich mit dem Bau-Herrn, des Bau-Zeuges, und Unkoſten halber, nach billigen Dingen zu vergleichen ſchuldig.

Si mala fide in alieno fundo quis ædificaverit, amittit dominium, & proprietatem materiæ ſuæ, *ratio:* quia voluntate ejus materia intelligitur alienata, & domino ſoli donata. *arg. l. 2. Cod. de R. V.* cujus enim per errorem dati repetitio eſt, ejus, conſulto dati, donatio eſt. *l. 53. ff. de R. J.* præſumptio autem donationis in eo fundatur, quia dominus materiæ ſcire debuiſſet, quod materia aliena, ſolo impoſita, ſolo cedat; cum ergo materiam nihilominus alieno fundo conjungat, utique donandi animo id facere judicatur. *Menz. n. 7.*

Hæc adeo vera ſunt, ut mala fide in alieno ſolo ædificans, neque diruto, & collapſo ædificio, materiam vindicare poſſit. §. 30. *Inſt. hic.* Non *obſtat l. 2. Cod. de R. V.* ubi dicitur: *Cum quid in alieno ædificatum eſt, ſi fuerit diſſolutum, materiam ad priſtinum dominum reverti, ſive bona fide, ſive mala fide ædificaverit.* Ecce! hæc lex e diametro adverſatur noſtro §. in quo *decidatur* mala fide ædificantem nec diſſoluto ædificio materiam vindicare poſſe. Varii varie iſtos *duos Textus* conciliant. *Harp. n. 4. hic.* ſic ſcribit, quod *d. l. 2.* loquatur de eo caſu, quo quis ex aliena materia in alieno fundo ædificarit, ut tunc, diſſoluto ædificio, materia ad priſtinum dominum revertatur, *Textus* enim ait, quod tunc materia *ad priſtinum dominum redeat, ſi non donandi animo ædificia alieno ſolo impoſita ſint.* Jam vero in caſu, quo quis ex aliena materia in alieno fundo ædificat, animo donandi ædificium ſolo alieno non imponitur; quia ædificans non poteſt præſumi animo donandi materiam alterius fundo impoſuiſſe, cum alienam materiam alteri donare non poſſit. II. Reconciliatio eſt, quod *l. 2* loquatur de eo caſu, ſi quis ex propria materia in alieno fundo ædificans, per teſtes probare poſſit, ſe non animo donandi feciſſe, ut, hac probatione poſita, dominium materiæ non amittat. *Fach. l. 1. cap.* 55. ubi plures reſolutiones adducit. *Menz. n. 1.* III. Reconciliatio eſt, quod noſter §. ſit intelligendus de rigore Juris, *d. l. 2.* vero de æquitate, ut proinde, inſpecta æquitate, mala fide ædificans in fundo alieno, poſt diſſolutum ædificium materiam ſuam vindicare poſſit. *Schamb. V. M. 8. Menz. n.* 12 Ratio: ne petitor ex aliena materia lucrum faciat.

Porro cum frequenter contingat in

in rem alienam *impenſas* fieri, & earum deducendarum ergo lites ſuboriri, ideo de impenſis aliquid inferendum. *Impenſa* autem aliæ ſunt neceſſariæ,
51 aliæ *utiles*, aliæ *voluptuariæ*. *Neceſſaria* ſunt, quibus omiſſis, res vel periiſſet, vel deterior facta fuiſſet, v. gr. ſi quis ruinoſas ædes *refecerit*, *fulciverit*, *&c.*

Utiles, quæ factæ rem meliorem faciunt, omiſſæ autem rem deteriorem non feciſſent, v. g. *Vineta ſerere*. Prædia ultra id, quod neceſſe fuit, ſtercorare, lapicidinas fodere.

Voluptuaria, quæ nullam habent neceſſitatem impendendi, & factæ rem ornant, fructum non augent, v. g. *Viridaria*, aquæ ſalientes, picturæ, incruſtationes, &c. ſequitur

52 *Aſſertio I.* Impenſas neceſſarias tam bonæ, quam malæ fidei poſſeſſor ſervat, & deducit, donec impenſarum nomine ſatis fiat. *Ratio I.* quia habet exceptionem doli, cum ei dolus objici non poſſit, qui rem, alias perituram, ſervavit. Secundo, nemo debet petere alterius jactura locupletari. *Zoeſ. ff. h. t. n. 53.*

Obj. I. l. 1. Cod. de Infant. expoſit. ubi dicitur, quod fur, qui partum furto ſuſtulit, aluit, & educavit, ſumptus alimentorum, quos eſſe neceſſarios ad vitam ſuſtentandam conſtat, recuperare a vindicante partum non poſſit; ergo ſaltem fur, & prædo neceſſarias impenſas non deducit. ℞. quod ideo fur in iſto caſu impenſas neceſſarias non deducat, quia ſingulari ejus odio ita conſtitutum eſt, cum hominem furatus ſit, quod furtum deterius eſt aliis furtis; ergo non eodem Jure gaudet, quo alii malæ fidei poſſeſſores. Ita *Harp.* §. 30. *n.* 24.

Obj. II. l. 27. ſi olivam. 25. ff. ad l. Aquil. ubi dicitur, quod quis impenſas ad colligendas olivas, vel ſegetes mala fide fecerit, nullamque repetitionem habeat, quia Juris interpretatione animo donandi feciſſe præſumitur. ℞. quod iſtæ impenſæ in ipſum furtum ſint factæ, ideoque reſtitui non debeant, quia iniquum videtur, aliquem in delinquendo ſumptibus alienis juvari. II. Tunc demum impenſas neceſſarias a malæ fidei poſſeſſore repeti poſſe, quando rem, in quam impendit, poſſidet; qui enim non poſſidet, donaſſe cenſetur. Ita *Harp. h. t. n. 25.* rationem differentiæ aſſignat *Zoeſ. loc. cit. n. 55.* quia is, qui rem alienam poſſidet, non præſumitur, animo donandi impenſas neceſſarias feciſſe; ſecus is, qui non poſſidet.

Obj. III. Qui mala fide in alieno fundo ædificat, non habet repetitionem materiæ, quia animo donandi feciſſe intelligitur, & ſcire debuiſſet, quod alterius ſolo affigitur, ejusdem domino cedere; ergo etiam, qui in rem alienam impenſas facit, non habet repetitionem, quia animo donandi feciſſe intelligitur, & ſcire debuiſſet, quod acceſſorium cedat principali. ℞. *Conc. antec. neg. conſeq.* & *paritat.* diſparitas eſt: quod ædificans mala fide in alieno ſolo ideo materiam non repetat, quia nulla neceſſitate, & nullo Jure cogente materiam alieno ſolo impoſuit. Qui vero ruinoſas ædes fulcit, reficit, ac reparat, is aliqua motus neceſſitate eſt, rei ſcilicet alterius ruendæ, adeoque ceſſat præſumptio, animo donandi impenſas fe-

fecifſe, cum nullus in neceſſitate liberalis exiſtat *Harp. n. 29. hic.* & hæc *de Impenſis neceſſariis.*

Circa *impenſas utiles* ſeparandus eſt bonæ fidei poſſeſſor a malæ fidei poſſeſſore. Poſſeſſor bonæ fidei impenſas utiles in tribus duntaxat caſibus deducit. I. Si dominus dives ſit, nec propter impenſas, ab alio factas, cogatur ædificium, ſolvendarum expenſarum cauſa, vendere. Nam ſi rei dominus pauper ſit, nec habeat, unde impenſas ſolvat, tunc bonæ fidei poſſeſſor impenſas utiles tollit, ſi ſeparationem ſine rei detrimento patiantur; non vero deducit.

II. Si res venalis proſtet, ſive dominus illam vendíturus eſt, omnes impenſas utiles bonæ fidei poſſeſſor deducit.

III. Si dominus eas impenſas ipſe facturus fuiſſet, vel ejus voluntate factæ ſunt. Ita *Zoeſ. ff. h. t. n. 57. Harp. n. 30. §. hic. Glettle ſelect. quæſt. p. 2. q. 28, n. 5.* Extra iſtos caſus utiles impenſas non deducit; tollere tamen poteſt, ſi ſine læſione id fieri poſſit. Si dominus rei paratus ſit impenſas utiles ſolvere, æſtimationem tenetur recipere, ne malitiis hominum indulgeatur. *Zoeſ. loc. cit. n. 57.*

Q. *An malæ fidei poſſeſſor impenſas utiles etiam deducat?* Obſerva: *deducere* impenſas eſſe poteſtatem rem tam diu retinendi, donec impenſarum nomine ſatisfiat. *Tollere* eſſe poteſtatem retinendi, & amovendi, ſi modo ſine rei, cui acceſſerunt, diſpendio, atque læſione tolli queant *Harp. n. 42* Jam R. malæ fidei poſſeſſorem impenſas utiles deducere non poſſe. Ita *Harp. n. 31. Glettle loc. cit.* Prob. *per apert. text. l. 5. Cod. de R. V.* ubi dicitur: *Cum malæ fidei poſſeſſor ejus, quod in rem alienam impendit, nullam habeat repetitionem, niſi neceſſarios ſumptus fecerit, ſi utiles fecerit, ſine læſione rei ſtatus auferre poteſt.*

Confit. *deducere* eſt poteſtas rem tam diu retinendi, donec impenſæ offerantur; ſed hanc poteſtatem malæ fidei poſſeſſor non habet, ergo non deducit utiles impenſas. *Min. prob.* ſi rem retinere poſſet, deberet rem vindicanti poſſe exceptionem opponere; ſed hanc non poteſt opponere, quia a vindicante replicatione repelli poteſt, quod temere, ac perperam in alieno fundo ædificaverit, cum ſcire debuiſſet, ſolo affixum ſolo cedere. *Harp. n. 31.*

Obj. l. 38. ff. de hæred. petit. ubi dicitur: *Bonæ fidei poſſeſſor neceſſarias, & utiles impenſas deducit, non etiam malæ fidei poſſeſſor; ſed benignius eſt, in hujus quoque perſona haberi rationem impenſarum, non enim debet petitor ex alieno damno lucrum facere.* R. Quod iſta *L.* loquatur in judicio univerſali, ubi tota hæreditas petitur, nos autem agimus in judicio particulari. Aliter R. *Harp. n. 38. §. 30. h. t.*

Malæ fidei poſſeſſor, licet impenſas utiles non deducat, eas tamen tollere poteſt, dummodo id ſine læſione rei facere poſſit, lucrumque inde ſentiat, nec dominus æſtimationem lucri offerat. *Harp. h. t. n. 42. Glettle loc. cit. n. 7.*

Porro, circa impenſas voluptuarias iterum ſejungendus eſt bonæ fidei poſſeſſor a malæ fidei poſſeſſore. Bonæ fidei poſſeſſor impenſas voluptuarias deducit, ſi res venalis proſtet, aut ipſe do-

Digitized by Google

dominus eas feciſſet. Extra iſtos caſus tollit, ſi ſeparationem patiatur. *Gloſſ. d. loc. Zoeſ. n. 60.* Malæ fidei poſſeſſor impenſas voluptuarias nunquam deducit; Si tamen abradi, ac tolli poſſunt abſque rei læſione, atque detrimento, eas ex æquitate tollit, præſertim, ſi conjectura quædam animum donandi elumbem reddat.

§. Si Titius. 31.

53 XII. Domini acquirendi modus eſt *Implantatio.* Nam, ſi Titius alienam plantam in ſolo ſuo poſuerit, ipſius erit Jure ſoli; & ex diverſo, ſi Titius ſuam plantam in Mævii ſolo poſuerit, Mævii planta erit. Quod eſt verum, ſi planta radices ibi egerit; antequam enim radices ibi egerit, manet illius, cujus fuit. *text. hic. Schneid. pr. 2.* Unde verſus antiqui:

Quidquid plantatur, ſeritur, vel inædificatur,
Omne ſolo cedit; radices ſi tamen egit.

Ratio autem, quare planta ſolo cedat, eſt hæc: quia, ſi ædificia ſolo cedunt ex eo, quod ab eo, tanquam ſuo ſubjecto, ſuſtineantur; multo magis plantæ cedere debent ſolo, quæ non tantum a terra ſuſtinentur, ſed ex ea alimenta quoque accipiunt, & quaſi vitam hauriunt, ut creſcant *Manz. n. 4.* *Ratio* deinde, cur radices debuerit egiſſe, eſt iſta: quia, antequam radices egit, nondum pars ſoli facta eſt, cum quo necdum cohæſit, & coaluit *Harp. n. 3. concordat* N. De. neue Satz- und Ordnung *de Jurib. incorp. tit. 23. §. 6. & 7.*

Dicta procedunt, ſive quis bona, ſive mala fide plantaverit in alieno ſolo, naturale enim eſt, ut acceſſorium ſequatur ſuum principale *Manz. n. 2.*

Dices: Iniquum eſt, aliquem enim alterius jactura locupletari, præſertim malæ fidei poſſeſſorem, cum nemo ex ſua improbitate lucrum ſperare debeat; ergo debet domino plantæ concedi aliquod remedium, quo ſuæ indemnitati poſſit conſulere. R. omnino ipſi concedi remedium; vel enim planta radices egit, vel non: ſi non, domino plantæ datur rei vindicatio, qua plantam repetit *l. 5. § 3. ff. de R. V.* Si radices egit, & coaluit, tunc habet actionem in factum, ut æſtimationem, aut intereſſe conſequatur. *Harp. & Manz. hic.*

Q. *Si arbor, ſeu planta, radicibus ſemel actis, rurſus eruatur, poteritne prior dominus eam vindicare?* R. quod non. Ratio: quia per alimenta alia aliam quaſi vitam accepiſſe videtur. *l. 26. §. 2. ff. h. t.* Non refragatur §. *cum in ſuo. 29. h. t.* & *l. 7. §. 10. ff. eod.* ubi materia, ſive tignum alienum, ex quo in ſolo alterius domus ædificata fuit, licet interim durante ædificio vindicari non poſſit; eo tamen diruto, ad priorem dominum materia redit, ut is eam vindicare poſſit. Idem habetur in *l. 23. §. Item quæcunque. ff. de R. V.* ubi acceſſio, a re principali ſeparata, ad priorem dominum revertitur. Non (inquam) adverſatur, etenim acceſſio e materia, alieno ædificio juncta, licet

diu

diu cohæreat; a potiori tamen parte taliter trahitur, ut tamen eadem ſemper maneat, nec penitus extinguatur, quæ cauſa eſt, ut poſt ſeparationem ad priorem dominum redeat. Arbor autem, vel planta, quæ alieno ſolo coaluit, non ea eſſe creditur, quæ prius erat; ſed alia, & quidem propter alimenta ex alieno ſolo attracta. *Harp. hic. n. 9.* & *10. Manz. n. 9.* & *10.*

Ad verſ. Adeo autem.

54 Ex hoc ℣. colliges, quod ſi arbor, in meo ſolo poſita, ita premat terram Titii, id eſt, ita adhæreat, immiſſis radicibus, ut non aliunde alatur, nec alibi conſiſtere videatur, tunc arbor ratione radicum, ex quibus vivit, Titii efficitur. *Schneid. n. 3.* Ratio eſt in *Textu*: quia ratio non permittit, ut alterius arbor eſſe intelligatur, quam cujus in fundum radices egerit.

55 Non premit *l. 6. §. 2. ff. arbor. furtim caſarum* ubi habetur, arborem ejus eſſe, in cujus fundo origo nata eſt, & non ejus, in cujus fundum radices propagatæ ſunt. Etenim *Textus* loquitur de eo caſu, quo arbor, in fundo vicini poſita, ita omnes radices in meum fundum egit, ut non aliunde ali, nec alibi conſiſtere videatur.

Quod ſi vero tantum aliquot radices in fundum meum porrigat, nihil Juris mihi acquiritur; ſed ejus manet, in cujus fundo origo ejus nata eſt, *d. l. 6. §. 2. Ludw. Inſt. hic. n. 6.*

Quod ſi denique arbor quædam in confinio duorum fundorum poſita ſit, & in utrumque fundum æqualiter radices agat, tunc communis fit, ita, ut fructus dividi debeant *text. hic. Manz. n. 27.*

§. Qua ratione. 32.

XIII. Dominii acquirendi modus eſt *Satio*. Unde, ſi agrum alienum meo ſemine conſeverim, ejus eſt ſeges, cujus eſt ipſum ſolum, quia ſata cedunt ſolo, ſicut ædificium, & planta, juxta priori §. allegatos verſus: *quidquid plantatur &c. Schneid. hic.*

Ad verſ. Cæterum.

Sed nunquid iniquitatem ſapit, ut, ſi mittam colonum meum ad excolendum, & conſerendum agrum meum; ipſe autem per errorem alienum colat, & conſerat, me: ſeminis & culturæ jacturam facere, ipſum autem cum meo damno locupletari?

Ad hoc ℟. *Imperator*, ſicut is, qui in alieno ſolo ædificavit, ſi ab eo, in poſſeſſione conſtituto, dominus ſoli petat ædificium, eumque migrare jubeat, defendi poteſt per exceptionem doli mali, ita ejusdem exceptionis auxilio tutus eſſe poteſt is, qui alienum fundum ſua impenſa bona fide conſevit, aut plantam, vel arborem plantavit: laboris, & ſeminis ſui, vel etiam arboris recipit æſtimationem. *Manz. n 6.* N.Oe. Satz und Ordnung. *loc. cit.* §. 8.

§. Lit.

§. Literæ. 33.

56 XIV. Modus acquirendi eſt *Scriptura*; ſicut enim inædificata, implantata, & ſata ſolo, ita & literæ chartæ, membranis cedunt. Hinc ſi ſcripſero in charta tua, hæc ſcriptura tua eſt; potero tamen te petentem, priusquam mihi de ſcriptura ſatisfacias, per exceptionem doli mali repellere, utique ſi bona fide ſcripſero, ſi vero mala, de rigore Juris non, de æquitate tamen hac exceptione gaudeo *Schamb.* Ne ſcilicet alter cum mea jactura locupletetur.

Obſerva autem: communiter DD. velle hujus §. deciſionem per conſuetudinem mutatam eſſe, ſecundum quam ſcriptura ordinarie multo pretioſior eſt charta; ut hodie potius dicendum ſit, chartam ſcripturæ, quam e contra ſcripturam chartæ cedere: quod vel maxime procedet, ſi opus aliquod egregium ſcriptum, aut etiam literis æneis expreſſum ſit. *Harp. n. 6. Schamb. hic.*

§. Si quis. 34.

57 XV. Acquirendi modus dominii eſt *Pictura*. Ubi Q. *nunc pictura tabulæ: an econtra tabula picturæ cedere debent?*

Diverſæ olim erant *Sententiæ*; alii enim picturam tabulæ *l. 23. §. 3. ff. de R. V.* alii econtra tabulam picturæ cedere, dicebant. *l. 9. §. 2. ff. h. t. Juſtinianus* conſtituit, ut tabula picturæ cedat; non tamen ſimpliciter, ſed conſiderato cujusque valore, quod patet ex verbis: *ridiculum enim eſſet, picturam Apellis, vel Parrhaſii in acceſſionem viliſſimæ tabulæ cedere*, quod etiam in contrario caſu ridiculum eſſet.

Dices: Cur non idem ſtatuit Juſtinianus in ſcriptura; ſed abſolute dixit literas cedere chartæ? ℞. Diſparitatem hanc eſſe: quia literæ tantum ſunt acceſſiones operis, non ipſum opus, neque formam chartæ mutant; Pictura vero non eſt ſimplex tabulæ acceſſio, ſed ſingulare aliquod opus, ut non amplius tabula, ſed pictura, ſive imago ſit; ergo merito ſubjectum formæ cedet. Verum, cum etiam pro dominio tabulæ ſuæ ſtent rationes, ideo & pictori, & tabulæ domino vindicatio ad petendam imaginem competit; cum hoc tamen diſcrimine, quod pictori directa, tabulæ vero domino non niſi utilis competat.

Quisquis ergo actor fuerit, is alteri, quoad æſtimationem, ſeu picturæ, ſeu tabulæ tenetur. *l. 9. §. litera, 1. ff. h. t.* Quod ſi imago iſta poſſideatur a tertio concurrente, utroque & vindicante, pictor tabulæ domino præferendus eſſe videtur. Si tabulæ furto ablatæ ſint, palam eſt, utrique dari actionem furti, utpote quæ datur ei, cujus intereſt rem per furtum ſubtractam non eſſe. §. 13. *Inſt. de oblig. quæ ex delict. naſ. Schamb. & Manz. hic.*

Obſtat *l. 23. §. 3. ff. de R. V.* ubi aperte ſcribitur, quod pictura indiſtincte cedat tabulæ. Sed, licet aliqui hic vehementer ingenia ſua torqueant, ℞. tamen procedere *Textum*, ſi tabula ſit pretioſior. *Franz. Inſt. h. t. n. 116.*

§. Si quis a non Domino. 35.

58 XVI. Dominii acquirendi modus eſt *Perceptio fructuum ex re aliena, quam bona fide poſſidemus.* Quæ ipſa res, ut luculentior reddatur, familiare hoc exemplum eſto Ego bona fide fundum emi, vel ex donatione, aut alia qualibet juſta cauſa, vel titulo accepi ab aliquo, quem credebam dominum eſſe, qui tamen non fuit. Jam

Q. *An ego illius fundi fuerim factus dominus?* Certum eſt, quod non: licet enim venditio, & donatio ſint tituli habiles ad transferendum dominium; tamen, quia nemo plus Juris in alium transferre poteſt, quam ipſe habeat *l. 54. ff. de R. J.* & quod quis non habet, alteri dare non poteſt *l. 120 ff. eod.* ideo, cum venditor ille, vel donator dominium non habuerit, neque in me transferre potuit. Jam ulterius

Q. *An verus dominus superveniens suum fundum vindicare poſſit?* R. poſſe, dummodo veniat ante completam uſucapionem; Ratio non eſt alia, quam, quia dominium retinuit. *Manz. 2. &* 3. His præmiſſis in ordine ad noſtrum §.

Q. *Si ex iſto fundo fructus percepiſſem, utrum etiam verus dominus ad fructus poſſit agere, & ego illos tenear reſtituere?* R. Imperator, quod non, additque iſtam rationem, quia naturali ratione placuit fructus, quos bonæ fidei poſſeſſor percepit, ejus eſſe pro cultura, & cura. Deinde, bona fides tantum tribuit, quantum veritas. *l. 136. ff. de R. J.* Hinc & illud commune: *Beati poſſidentes, quoniam fructus eorum. Manz. n. 7. hic.*

Verum, cum *Doctrina*, circa fructus, quam Imperator ponit in hoc §. plurimas adhuc diſtinctiones, & limitationes recipiat, & materia in ſe ſit vehementer utilis, & quotidiana ideo exactiori calamo illam diſcuſſiſſe, non abs re fore conſtitui. Itaque

Fructus non a *Frumine*, quæ eſt eminentior gutturis pars, ſeu gulæ, qua veſcimur, & qua in alvum alimonia fertur, ſed a *ferendo* dicti. *Lagunez tractat. de fruct. p. 1. cap. 1. n. 4.* denotant omnem utilitatem, emolumentum, & obventionem, quæ vel ex re, vel occaſione rei recipitur. *L. 29. ff. de petit. hæreditat. l. 61. ff. de R. V. Franz. Inſt h. t. p. 2. §. 15. n. 86.* Sunt autem 59

Fructus alii *civiles*, alii *naturales*. Civiles ſunt, qui ex corpore *phyſice* non proveniunt; ſed *occaſione* corporis, mediante nova obligatione, percipiuntur. Huc revoco *uſuras, mercedes, penſiones, reditus annuos, vecturas, &c.* Hi iterum ſunt vel *ſpontanei*, vel *adſcititii*. Spontaneos appello, quos res ſuapte indole producit, v. g. *penſio annua pro uſu ædium, equi, navis &c.* Domus enim ſuapte indole eſt apta ad habitandum, equus ad equitandum, navis ad vehendum, adeoque penſio, quæ ſolvitur pro uſu ædium, navis, equi &c. dicitur fructus ſpontaneus ipſius rei. *Adſcititios* nuncupo, quos res ſuapte indole non affert, ſed ex ſpeciali hominis induſtria, & proviſione percipiuntur, v. g. *uſuræ*, item *lucra* omnia, quæ ex *negotiatione* aliqua, v. g. *vini, frumenti, olei, &c.* percipiuntur. Pecunia ſiquidem per ſe eſt ſterilis plane, ac in-

infœcunda, adeoque lucrum non parit; niſi ut ſubſtat induſtriæ humanæ, qua mediante, emolumentum aliquod producit. Vinum quoque, frumentum, & oleum ex ſua natura lucrum non afferunt, niſi accedente humana induſtria, per quam, veluti inſtrumentum, aſſumuntur ad parandum aliquod lucrum. *Glettle ſelect. quæſt. p. 2. q. 19. n. 2.* Fructus naturales ſunt vel *naturales in ſpecie*, vel *induſtriales*. Naturales in *ſpecie* dicuntur, qui abſque notabili cura, & cultura hominis producuntur, ſive, qui percipiuntur beneficio naturæ, opera humana, vel omnino nihil, vel certe parum conferente. In hanc claſſem ſpectant *poma, pyra, nuces, ceraſa, fœnum, &c.*

Induſtriales ſunt, qui non ſua ſponte proveniunt, ſed in quibus cura, & notabili hominis induſtria opus eſt, v. g. *frumentum, vinum, oleum, legumina, &c.* quia hæc omnia non naſcuntur, niſi debita cultura adhibeatur, *ita*, ut plus quaſi videatur operari *Induſtria*, quam *Natura*. Ex iſtis fructibus iterum alii ſunt *pendentes*, alii *percepti*, alii *percipiendi*. Fructus pendentes ſunt, qui quidem jam nati ſunt, ſed a corpore non ſeparati. Percepti ſunt, qui a corpore, unde provenerunt, jam ſeparati ſunt, v. g. ſi *ſegetes abſciſſæ*, ſi *lac expreſſus*, ſi *fœnum deſectum*, ſi *uva adempta*, licet *non expreſſa. l. 13. ff. quib. mod. uſufr. amitt. l. 48. ff. de A. R. D. l. 25. §. 1. ff. de uſur. & fruct.* Percipiendi ſunt, quos poſſeſſor potuiſſet percipere, dolo tamen, vel culpa non percepit, & hi nonnunquam fictione Juris pro perceptis habentur. *Harp. n. 28.*

Percepti rurſus *dividuntur* in *extantes*, & *conſumptos*. Extantes ſunt, qui adhuc in bonis poſſeſſoris conſervantur, v. g. qui in *horreis*, vel *cellariis* cuſtodiuntur. Conſumpti ſunt, qui apud illum, qui eos percepit, non amplius extant *l. 22. Cod. de R. V. & l. 40. ff. de A. R. D.*

Cæterum, poſſeſſor alius eſt bonæ, alius malæ fidei. *Poſſeſſor bonæ fidei* ille dicitur, qui rem ab eo, quem dominum eſſe, vel ſaltem rei alienandæ poteſtatem habere credidit, legitime & ſine dolo eſt conſecutus. *l. 109 ff. de V. S.* Dico autem: *vel ſaltem rei alienandæ poteſtatem habere credidit*; ſiquidem non is ſolum bona fide poſſidet, qui ſe a domino rem conſecutum exiſtimat, ſed & qui ab eo rem accepit, quem novit dominum non eſſe, exiſtimat tamen alienandi Jus habere, v. g. ab eo, quem *Tutorem* eſſe credidit. *Malæ fidei poſſeſſor* ille dicitur, qui rem non eſſe ejus, a quo accepit, ſcivit, vel qui læſam rei alienæ, aut injuſtæ poſſeſſionis conſcientiam habet. In dubio autem quis bona fide poſſidere præſumitur, *cap. 47. de R. J. in 6.* quilibet enim præſumitur bonus, donec probetur malus. *His prælibatis*, tandem ſequitur

Aſſertio I. Fructus civiles adſcititios poſſeſſor tam malæ, quam bonæ fidei irrevocabiliter ſuos facit. *Glettle Vir conſummatæ eruditioni ſelect. quæſt. p. 2. q. 19. n. 9.* ubi multos Theologos pro hac ſententia allegat. Ratio ſola, ſed ſolida eſt, quod fructus adſcititii ſint emolumentum, non rei alienæ, ſed induſtriæ propriæ; ſicuti ergo fructus ſequuntur rem, ex qua proveniunt, & ejus fiunt, qui eſt dominus rei; ita fructus

ctus civiles adſcititii ſequuntur induſtriam, ex qua proveniunt, & fiunt ejus, qui author eſt induſtriæ. Unde ſua ſponte fluit: ſi cum pecunia depoſita, vel per furtum ſurrepta negotiatus ſim, & lucrum tulerim, id ad me haud aliter pertinere, quam imaginem, quam alieno pennicillo pinxi; ita tamen, ut ego tenear domino pecuniæ, vel pennicilli ad intereſſe, ſi quod oſtendere poſſit.

Non *obſtat*, quod nemo debeat ex re aliena diteſcere, aut delicto proprio ſentire commodum; nam meminiſſe oportet, quod pecunia depoſita, vel ſurrepta non concurrat ad lucrum proxime, & formaliter, ſed remote tantum, & materialiter: proxime enim lucrum provenit ex induſtria mea, a qua res aliena aſſumitur per modum nudi inſtrumenti. Hinc non directe, & proxime ex delicto proprio reporto commodum, ſed indirecte tantum, & remote; proxime enim ex negotiatione lucrum percipio, quæ de ſe eſt honeſta, licet præſupponat actum inhoneſtum. Itaque *dubitandum* non eſt, eoquam, quæ nuper, acceptis pecuniis culinariis, ex olla fortunæ ſcyphum argenteum extraxit, ſcyphi dominam evaſiſſe.

Aſſertio II. Malæ fidei poſſeſſor ex reliquis fructibus quibuscunque nullos ſuos facit, ſive extent, ſive conſumpti ſint; ſed tenetur in utroque foro omnes una cum re reſtituere. Ita docent *Gletle loc. cit. n. 24. Manz. hic. n. 44. Schwed. n. 3. Harp. n. 93. Zoeſ. ff. de A. R. D. n. 76. Franz. Inſt. h. t. p. 2. §. 25. n. 63.*

Prob. ex *l. 22. Cod. de R. V. certum eſt, malæ fidei poſſeſſorem ſolere omnes fructus cum ipſa re præſtare;* nemo enim debet ex delicto ſuo reportare lucrum. Imo & fructus percipiendos malæ fidei poſſeſſor tenetur reſtituere. *l. 5. Cod. de R. V.* ſibi enim imputare debet, quod rei alienæ ſe immiſcens, eam ex fide non geſſerit. *Gletle n. 27. Manz. n. 46. Brunnem. in d. l. 5. Schamb. Inſt. h. t. in fine.*

Aſſertio III. Bonæ fidei poſſeſſor omnes indiſtincte fructus ſuos facit, naturales, induſtriales, & civiles quoscunque. Ita re ipſa docent *Gletle loc. cit. n. 11. Franz. p. 2. Inſt. h. t. Fach. l. 2. cap. 57. Harp. hic. n. 35. Schamb. hic. Vinn. Inſt. hic. & ſelect. quæſt. lib. 1. q. 25.*

Et quidem de induſtrialibus nullus eſt, qui ambigat, *text. hic.* his verbis: *naturali ratione placuit fructus, quos percepit, ejus eſſe pro cura, & cultura. Zoeſ. ff. de A. R. D. n. 63. Schamb. hic.* De civilibus etiam non eſt, cur dubites, ſatis enim ſuffragatur *text. l. 34. ff. de uſur.* & fructus civiles vel maxime ſapiunt naturam induſtrialium. *Schwed. hic n. 1.* Sed

Q. X. *An bona fidei poſſeſſor etiam naturales fructus ſuos faciat?* Videtur 60
negative decidendum I. per §. 35 *hic.* ubi dicitur, quod bonæ fidei poſſeſſor fructus ſuos faciat propter curam, & culturam: ergo naturales non acquirit, cum nulla cultura indigeant

II. Per *text. valde ſſ. l. fructus 45 ff. de uſur.* Ubi diſerte reſcribitur, quod bonæ fidei poſſeſſor fructus naturales ſuos non faciat.

III. Per *l. 48. §. 5. ff. de A. R. D.* ubi is, qui ancillam bona fide poſſidet, partum uſucapere debet; ſed partus eſt

eſt fructus naturalis; ergo bonæ fidei poſſeſſor fructus naturales non facit ſuos; alias uſucapione non eſſet opus.

Verum *affirmativa* magis arridet, cuique applaudunt, præter alios plurimos, ſupra ad *Aſſer. III.* recenſiti non infimæ notæ AA.

Prob. I. Ratione; quia bona fides tantum tribuit, quantum veritas *l. 136. ff. de R. J.* ſed verus dominus fructus naturales facit ſuos; ergo etiam bonæ fidei poſſeſſor.

Prob. II. Per *differt. text. l. bona fidei 48. ff. de A. R. D.* ubi dicitur: *Bona fides emptor non dubie percipiendo, fructus etiam ex aliena re, ſuos interim facit, non tantum eos, qui diligentia & opera ejus provenerant, ſed omnes; quia, quod fructus attinet, loco domini pene eſt.* Sane, quid illuſtrius iſto *textu* afferri poſſit, non video, dicit enim, quod bonæ fidei poſſeſſor non induſtriales duntaxat fructus ſuos faciat: *ſed omnes*, quæ particula *ſed* eſt oppoſitiva; atqui fructibus induſtrialibus non alii opponuntur, quam naturales; ergo

Prob. III. Ex l. in pecudum. 28. ff. de uſur. in pecudum fructu etiam fœtus eſt, ſicut lac, & pilus, & lana, itaque agni, & hœdi, & vituli ſtatim pleno Jure ſunt bonæ fidei poſſeſſores, & fructuarii, ſed iſti fructus ſunt naturales; ergo:

Argumenta contraria facile labore diluuntur.

Ad I. R. quod cura, & cultura non ſit adæquata ratio, cur bonæ fidei poſſeſſor fructus ſuos faciat, ſed bona fides, ſubnixa juſto titulo: alias etiam malæ fidei poſſeſſor fructus indiſtincte ſuos faceret.

Ad II. In quo Achillem ponunt, R. eſt in promptu, in illo enim *textu* bonæ fidei poſſeſſor comparatur uxori non adæquate, ſed tantum inadæquate, ut ſenſus ſit, ſicuti uxor in re dotata fructus naturales abſolute ſuos non facit; ita bonæ fidei poſſeſſor fructus non facit ſuos irrevocabiliter, quia videlicet extantes tenetur reſtituere; niſi eos triennio præſcripſerit, uti paulo poſt *Aſſert. IV.* dicemus. Ita *Schamb. hic.* Aliter R. *Glettle, & Franz. loc. cit.*

Ad III. Negatur *Suppoſitum*, quod partus dicatur in fructu eſſe. §. 37. *Inſt. h. t.*

61 *Aſſertio IV.* Poſſeſſor bonæ fidei fructus ex re aliena perceptos non facit ſuos irrevocabiliter; ſed tenetur extantes, ſive naturales illi ſint, ſive induſtriales, domino rem ſuam evincenti reſtituere; niſi eos triennio præſcripſerit. *Glettle loc. cit. n. 25. Vinn. lib. 2. ſelect. quæſt. cap. 26. Mart. n. 25. hic. Schamb. Inſt h. t. Harp. n. 53.*

Prob. Solidiſſime (ut multos alios textus filtam) ex *l. 22. Cod. de R. V.* his verbis: *Certum eſt, malæ fidei poſſeſſores ſolere omnes fructus cum ipſa re præſtare; bonæ fidei vero extantes, poſt autem litis conteſtationem univerſos.* Ratio præterea eſt: quia ceſſante cauſa ceſſat effectus; atqui cauſa, quod bonæ fidei poſſeſſor fructus ſuos faciat, eſt bona fides: ergo.

Non *obſtat*, quod conjux donatarius fructus induſtriales irrevocabiliter ſuos faciat, *l. 45. ff. de uſur.* ergo etiam bonæ fidei poſſeſſor. R. enim *neg. conſeq.* Ratio *differentiæ* eſt, quod in priori caſu adſit voluntas domini, ſcilicet conjugis alterius, qui donavit. Et tametſi ex iſta ratione videatur concluden-

dendum, quod conjux donatarius etiam fructus naturales ſuos faciat contra *d. l. 45.* Id tamen falſum eſt, quia ideo conjux donatarius fructus naturales non facit ſuos ex re donata, quoniam donatio, ex qua una pars fit locupletior, & altera pauperior, inter conjuges prohibita eſt, *tot tit. ff. de donat. inter vir. & uxor.* atqui ex perceptione fructuum induſtrialium pars, cui donata eſt, non fit locupletior, ita, ut altera pars fiat pauperior; ergo non mirum, quod conjux donatarius fructus induſtriales ſuos faciat, naturales non etiam. *Franz. loc. cit. n. 97.* Illud *notandum*, quod bonæ fidei poſſeſſor impenſas, & labores, in fructus induſtriales factos, deducat, *ratio:* quia fructus non ſunt, niſi impenſis deductis §. 3. *Inſt. de Societ. l. 7. ff. ſolut. matr. Schamb. hic. Mann. n. 29.*

Dices: Si bonæ fidei poſſeſſor fructus extantes tenetur reſtituere, quomodo ergo verificatur, quod fructus ſuos faciat? ℞. Quod fructus ſuos facere, hunc effectum ponat, quod bonæ fidei poſſeſſor Jus iis utendi, fruendi habeat, & conſumptos non teneatur reſtituere, prout ſtatim aſſeremus; ſi vero ſuos non faceret, eos teneretur reſtituere; vel ſaltem eorum æſtimationem, item præſcribere non poſſet. *Chlingenſperg. q. 64. obj. 2. Inſt. h. t.* plures *objectiones* circa hanc *Aſſert. IV.* refutat *Glettle & Franz. loc. cit.*

Aſſert. V. Poſſeſſor bonæ fidei fructus, ante litis conteſtationem conſumptos, irrevocabiliter ſuos facit. Ita *communiter DD. Prob. I.* ex §. 35. *hic.* his verbis: *& ideo, ſi poſtea Dominus ſupervenerit, & fundum vindicet, de fructibus ab eo conſumptis agere non poteſt.* II. Per *l. 4. §. 2. ff. finium regund.* ubi uperte ſancitur, quod bonæ fidei poſſeſſor fructus lucretur, ſi eos conſumpſerit. III. Per *l. 4. §. 19. ff. de uſucap.* ubi fructus uſucaptos, & conſumptos comparari videas; ergo cum uſucapio fructus conſumptos faciat irrevocabiliter bonæ fidei poſſeſſoris, idem operabitur conſumptio, & quoad hanc *Deciſionem*, aut nullus, aut pauci erunt, qui *diſſentiant*; ſed

Q. XI. *An bonæ fidei poſſeſſor fructus conſumptos ſuos faciat, quatenus eſt factus locupletior?* Vide *Glettle, loc. cit. n. 17. Fach. l. 1. cap. 40. Harp. n. 66. Vinn. loc. cit. Zoeſ. ff. de A. R. D. n. 73. Schamb p. 243. b. 1.* Mihi interea ſufficit. *d. l. 4. § 2. ff. fin. regund.* ubi dicitur, bonæ fidei poſſeſſorem lucrari fructus conſumptos, atqui implicat, quod aliquis poſſit lucrum capere; niſi fiat locupletior; ergo.

Aſſertio VI. Fructus poſt litis conteſtationem perceptos, vel conſumptos tenetur non tantum poſſeſſor malæ fidei; ſed etiam bonæ fidei domino rem ſuam evincenti reſtituere. *Vinn. Inſt. hic. Franz. Inſt. h. t. p. 2. n. 100. Mozz. n. 23.*

Prob. I. per d. l. 22. Cod. d. R. V. ubi perſpicue dicitur etiam a poſſeſſore bonæ fidei poſt litem conteſtatam fructus univerſos eſſe reſtituendos II. Ex *l. 25. §. 7. ff. de hæred. petit.* ubi *Ulpianus* ait: poſt litis conteſtationem poſſeſſores omnes incipere eſſe malæ fidei; ſed malæ fidei poſſeſſor tenetur fructus univerſos reſtituere, niſi ſint civiles adſcititi; ergo.

Aſſertio VII. & ultima, Fructus, necdum

dum percepti, ſed pendentes adhuc, Domino, a quocunque poſſeſſore rem ſuam evincenti, ſunt reſtituendi. *Menz. n.* 15. *Schmid. n.* 5. *Mynſing. n.* 8. *hic.* Ratio: quia pars ſequitur ſuum totum; atqui fructus pendentes ſunt pars fundi; *l.* 44. ff. *de R. V.* ergo ſequuntur fundum.

§. Is vero. 36.

In *præcedenti* §. vidimus, quod bonæ fidei poſſeſſor, qui videlicet rem alienã ex bona fide poſſedit, exiſtimans illam ſuam eſſe, fructus perceptos ſuos faciat, idque Jure quaſi domini, & ſoli. Nunc

62 Q. *Utrum non etiam aliquando is, qui ſerens rebus alienis utitur,* (v. g. uſufructuarius) *ſuos faciat?* & R. omnino, nulla facta *differentia* inter fructus naturales, induſtriales, & civiles, quidquid enim in fundo naſcitur, quidquid inde percipi poteſt, ad uſufructuarium pertinet *l.* 9. *ff. de uſufr.* cum hac tamen *differentia* inter bonæ fidei poſſeſſorem, & uſufructuarium, quod bonæ fidei poſſeſſori fructus cedant, quomodocunque, & per quemcunque a ſolo ſeparati fuerint; fructuario autem non, niſi ipſemet, vel alius ejus nomine illos a fundo ſepararit, aut decerpſerit. *text. hic.* & *in l. ſi ejus* 78. *ff. de R. V.*

Ad verſ. eadem.

63 Quæ dicta ſunt de *Fructuario*, eadem fere de *colono* quoque dicuntur, quemadmodum enim fructuarius omnes fructus, tam naturales, quam induſtriales ſuos fecerit, non tantum conſumptos, ſed etiam extantes, ita quoque colonus, qui *hortum, vineam*, vel *agrum* conduxit, non tantum fructus induſtriales, ſed naturales lucratur, nulla facta differentia inter conſumptos, & extantes; in eo tamen differt colonus, quod jus omne, ac fructus etiam pendentes ad hæredem tranſmittat, fructuarius non etiam. *Ratio:* quia *locatio*, & *conductio* eſt contractus; atqui contractus cenſentur ita initi, ut etiam includantur hæredes, *l.* 13. *Cod. de Contrah. & committ. ſtip.* uſusfructus vero non eſt contractus, ſed jus perſonale, quod cum perſona expirat. Unde

Inferes: Si colonus, vel inquilinus prædium, vel ædes uſque ad quinquennium conduxerit, & ante quinquennium lapſum deceſſerit, hæredem uſque ad complementum quinquenii fructus omnes percipere, Jureque coloni gaudere. *Menz. n.* 13. *Schamb. hic.*

§. In pecudum. 37.

Quandoquidem uſusfructus non in ædibus, & fundis duntaxat conſtituatur, ſed & in jumentis, & pecoribus, ideo, ſi pecora in uſumfructum deducantur.

Q. *Quænam dicantur eſſe in pecudum fructu.* R. *Imperator* non tantum *lac*, *pilum*, & *lanam*, ſed etiam *fœtum* in fructu eſſe, Itaque, *ſi agni, hædi, vituli, equuli*, & *ſuculi* naſcantur, ſtatim naturali ratione ad bonæ fidei poſſeſſorem, & fructuarium ſpectant. *Ratio:* quia no-

 mi-

mine fructuum omne id continetur, quod ita naſcitur, ut renaſcatur. *Partus* vero *ancilla* in fructu non eſt; abſurdum enim videbatur hominem in fructu eſſe. *text. hic.*

§. Sed ſi gregis. 38.

64 Officium uſufructuarii eſt, ut rem, cujus uſumfructum habet, bene colat, eaque tanquam bonus paterfam. utatur, unde, ſi uſusfructus univerſitatis alicujus, ſive corporis conceſſus ſit, tunc numerus in uſumfructum datus reſtitui debet. *l. 69. ff. de uſufr.* v. g. habeo uſumfructum gregis, in quo ſunt centum oves, quibusdam ex illis mortuis, vel ſenio, aut alio corporis vitio inutilibus factis, alias ex natis reſtituere debeo. *d. l.* 69. Modo tamen aliquæ ex iis natæ fuerint; alioquin enim nullas ſubſtituere teneor, ſicut nec quidquam, ſi res ſingulæ in uſumfructum datæ ſint. *l. 70 §. 3. de uſufr.* Rationem *diſparitatis* inter caſum hunc, & caſum priorem dat *Manz. hic.* quia, ſi grex per modum univerſitatis in uſumfructum datus ſit, pereuntibus aliquibus ſubſtantia adhuc ſemper durat. Subſtantia enim eſt grex, & corpus ipſum admittens augmentum, & decrementum, unde ſuppleri, & conſervari poteſt; ſi vero ſingularem uſumfructum habeam, mortua una ove tota ſubſtantia perit, quæ amplius ſuppleri nequit. *Schamb. hic.*

§. Theſaurus. 39.

65 XVII. Dominii acquirendi modus eſt *Inventio*, & *occupatio theſauri*, theſaurus autem eſt vetus quædam depoſitio pecuniæ, cujus memoria non exſtat, adeoque eſt depoſitio cujusdam rei mobilis, quæ jam dominum non habet, ſic enim fit ejus, qui invenit, quia non eſt alterius, *l. nunquam.* 31. *§ ff. h. t.* quaſi JCtus diceret, quod nullius in bonis eſt, id naturali ratione occupanti conceditur. *Schned. Inſt. hic.*

Dixi: *Cujus memoria non extat.* Unde, ſi ex adjecta Syngrapha appareat de deponente, illi, ſi vivit, vel ejus hæredi reddendus eſt. *Zoll. ff. h. t. n* 22.

Item, ſi quis metus, vel cuſtodiæ cauſa condiderit aliquid ſub terra, v. g. tempore belli pecunias ſuas condiderit, & ſepelierit, ut eas a rapacibus militum manibus conſervaret, theſaurus non fit occupantis *l. 15. ff. ad exhib.* quia dominus non ignoratur, ut ceſſet ratio occupationis *Manz. n. 4. hic.* Denique, ſi quis vendat domum, & emptor reperiat pecuniam in muro, quam ipſe venditor, aut ejus parentes ibi recondiderunt, & per oblivionem forte non repererunt, non pertinet ea pecunia ad emptorem, ſed venditori reſtituenda eſt, *l. 65 ff. de R. V.* Ratio, quia dominus non ignoratur. *Manz. n. 6* & *Schned. n. 4* ubi notatu dignum caſum refert, ex quo apparet, theſaurum non eſſe, ſi per oblivionem res ablata non fuerit.

Ex dictis patet, inventionem theſauri eſſe modum acquirendi dominium. Sed

Q. *An theſaurus inventus indiſtincte fiat inventoris?* R. quod *non*, res enim 66

de-

diſtinctionis ope dirimenda venit hoc modo: vel reperitur theſaurus in *fundo proprio*, vel *alieno*? ſi reperiatur in fundo proprio, tunc vel *medius licitus*, vel *illicitus*, ſi prius, inventori cedit, quia theſaurus videtur eſſe pars loci, adeoque loci domino cedit. *Harp. n.* 5. ſi poſterius, fiſco vindicatur. *l. un. Cod. de theſaur.* Ratio, quia nemo ex ſuo delicto præmium reportare debet. *Mänz. n.* 14. concordat Neue N. Oe. Satz- und Ordnung *de Jur. incorporal.* §. 1. Es iſt einem jeden auf ſeinem Grund-Boden, und Eigenthum, nach Schätzen (jedoch ohne Zauberey, oder andere verbottene Kunſt) zu ſuchen, und zu graben zugelaſſen, und was er alſo findet, ſoll ihm alleine zugehören.

Si in alieno fundo reperiatur theſaurus, tunc vel *fortuito*, vel *data opera*? ſi fortuito, ex dimidia parte loci domino, & ex dimidia inventori cedit. Et quidem loci domino ratione dominii, quod habet in rem, inventori vero Jure inventionis *text. hic.* & *in l. un. Cod. de theſaur. Schneid. n.* 5. & *Mänz. n.* 34. Si data opera, tunc vel *licita*, vel *illicita*: ſi data opera licita, theſaurus totus domino cedit loci, quia nemini licet in alterius fundo ſcrutari. *d. l. un.*

Aliter *de Jure Auſtriæ Inferioris* obtinet *loc. cit.* §. 2. Wann jemand an eines Grund-Boden, oder Eigenthum ungefehr aus ſonderen Glücks-Fall einen Schatz gefunden, oder aber demſelben, mit Vorwiſſ- und Willen des Grund-Innhabers nachgegraben, ſolle ſolcher Schatz in drey Theil getheilet werden, und der erſtere dem Finder, der andere der Grund-Obrigkeit, und der dritte dem Grund-Innhaber zugehören; Wann er aber auf fremden Grund, und Boden, ohne Einwilligung nach ſolchen Schätzen geſuchet, und gegraben hat, iſt ihme Finderen davon nichts: ſonderen die Helfte der Grund-Obrigkeit, und die Helfte dem Grund-Innhaber alleine zuſtändig.

Si data opera illicita volunt aliqui totum theſaurum fiſco applicandum eſſe ex eo, quia omnis theſaurus, incantationibus, aut arte magica repertus, fiſco applicatur, *Schneid. n.* 5. *hic.* Verum hæc *opinio* (ſalvo tamen *Schneidewini* melius ſentientis judicio) dura videtur, & altera præplacet, quæ hoc in caſu dimidietatem fiſco; alteram vero loci domino applicat, quia domino loci non eſt auferendum beneficium fortunæ propter delictum Inventoris. *Mänz. n.* 44. *Chlingenſp. q.* 46. *ob.* 1. *n.* 1. Aliter *de Conſtitutione Auſtriæ* obtinet *loc. cit.* §. 3. Wann jemand mit Zauberey einen Schatz zu eroberen ſich unterſtunde, es geſchehe gleich auf ſeinem eigenen, oder fremden Grunde, ſo iſt das jenige, was er findet, unſerer Lands-Fürſtl. Cammer verfallen, und noch darzu die Beſtraffung wegen ſolcher verübten Zauberey dem Land-Gerichts-Herrn abſonderlich überlaſſen.

Q. *Ad quem pertineat Theſaurus in loco publico, ſacro, vel religioſo repertus?* R. I. absque magnæ difficultatis nota procedere, quod theſaurus in loco publico caſu fortuito inventus, pro dimidia parte pertineat ad *Fiſcum*, pro dimidia vero ad *Inventorem*, *Schneid. n.* 9. data vero opera totum Principi cedere. *Finkelthaus. lib.* 3. *obſ.* 25.

In *Archi-Ducatu Auſtriæ* ita obtinet *loc. cit.* §. 2. Welches auch auf die jenige

 Schätz

Schätze zu verſtehen, welche einer an gemeinen Straſſen, und anderen dergleichen Orten, die niemand inſonders eigentumlich zugehören, und ungefehr findet.

Sed vehementi *diſſidio conſligitur* inter DD. *ad quem pertineat theſaurus, in loco ſacro, vel religioſo repertus?*

Text. §. noſter ita ſe habet: *Theſauros, quos quis in loco ſuo invenerit, Divus Hadrianus, naturalem æquitatem ſecutus, ei conceſſit, qui eos invenerit; idemque ſtatuit, ſi quis in ſacro, aut religioſo loco fortuito caſu invenerit.*

En! ex hoc *text.* habes, quod theſaurus inventus ex aſſe cedat inventori, ratio, quia talis locus nullius eſſe cenſetur. *Mant. n.* 18. Econtra *text. in l.* 3. §. *pen. ff. de Jure Fiſci* ſic diſſerit: *Sive in locis fiſcalibus, vel publicis, religioſisve, aut monumentis theſauri reperti fuerint, divi fratres conſtituerunt, ut dimidia pars ex his Fiſco vindicetur.* En! e diametro *priori text.* contrarium ſtatuit iſte textus *l.* 3. §. *pen.* & non ex aſſe inventori theſaurum tribuit. Hæc *pugna* teſte *Harp. n.* 7. plerisque videtur inextricabilis, adeo, ut non erubeſcant contra pronunciatum *Juſtiniani* in *l.* 1. §. 2. *Cod. de Jure vet. enucleand.* Antinomiam *hic* admittere, quæ pacto nullo conciliari poſſit: quam *opinionem*, veluti vecordem, indignanter reſpuo, licet eidem quoque ſuffragetur *Mant. n.* 29. qui poſt VII. ℞. in concordiam iſtorum *text.* comparandam allatas, ſtatuit Antinomias in Jure noſtro reperiri. Ego cum *Harp. loc. cit.* exiſtimo, nihil prorſus pugnantiæ, aut contrarietatis inter iſtos *textus* reperiri, modo juſta lance trutinentur.

Dic proinde *l.* 3. §. *pen.* loqui de locis religioſis fiſcalibus, in quibus theſaurus fortuito repertus pro parte dimidia fiſco, pro altera parte inventori cedit, ut ejus legis ſit iſta ſententia: Theſauri, in locis fiſcalibus inventi, pars media fiſco vindicatur, ſive loca fiſcalia, in quibus inventus eſt, publica fuerint, ſive religioſa, ſive monumentis deſtinata, quia ſatis eſt, iſta loca eſſe fiſci. Et ita etiam exaudiri debet conſtitutio *Friderici Imperatoris tit.* 58. *lib.* 2. *feud.* quod nimirum *Fridericus Imperator* loquatur non de theſauro, in quovis loco religioſo invento; ſed de illo theſauro, qui repertus eſt in loco religioſo fiſcali, juxta *d. l.* 3. §. *pen.* *Textus* vero noſtri §. loquitur de loco religioſo ſuo, & proprio, quem quis ſua voluntate, inferendo mortuum, talem efficere poteſt, & in tali loco theſaurus a fundi domino repertus, ex aſſe, & in ſolidum ad inventorem pertinet.

Dices: Loci religioſi non datur proprietas; ergo noſter §. de loco religioſo ſuo, & proprio exaudiri non poteſt. ℞. Nos non intelligere proprietatem loci religioſi dari, quoad dominium, ſed duntaxat quoad uſum; ſic locum religioſum proprium, & ſuum habere dicitur, qui ejus uſum pro ſe, & pro ſua familia retinuit. *Zoëſ. ff. h. t. n.* 42.

De *Conſuetudine Auſtriæ* res aliter ſe habet, nimirum theſaurum in loco ſacro, vel religioſo repertum totum cedere Prælato illius loci. *Suttingers M. S. V. lit.* S. *in* Schatz. *Finſterwald. lib.* 3. *obſerv.* 26 *n.* 2. ubi judicatum teſtatur in cauſa Paulen Dinckel, und N.

Prior

Prior, und Convent Prediger-Ordens zu Wien;

Controvertitur, cujus fiat theſaurus, in fundo feudali, vel emphyteutico repertus?

68 Sunt, qui ſuſtineant, pro media parte inventori, pro altera domino loci cedere, ita quoque docet *Harp. loc. n. 21. Hunn. var. reſol. tract. l. q. 37. & ad Trentl. vol. poſt. diſp. 18. th. 29. q. 16.*

Moventur I. Theſaurus in fundo alieno repertus pro dimidia parte cedit inventori, & pro altera dimidia loci domino; atqui theſaurus in fundo feudali, vel emphyteutico repertus, dicitur repertus in fundo alieno; ergo.

Moventur II. Uſufructuarius in fundo, in uſumfructum conceſſo, theſaurum repertum tantùm pro dimidia parte ſuum facit; ergo etiam emphyteuta, & vaſallus tantum pro dimidia parte theſaurum, in fundo feudali, vel emphyteutico repertum ſuum facient; ſicuti enim uſufructuarius tantum habet dominium utile, ita & vaſallus, & emphyteuta tantum habent dominium utile.

His tamen nihil urgentibus placet eorum dogma, qui theſaurum in fundo feudali, vel emphyteutico repertum, totum inventori vaſallo, vel emphyteutæ tribuunt. Ita docet *Zoeſ. ff. b. t. n. 27.*

Ratio unica, & fundamentalis eſt hæc: quia omne damnum, ſi forte ex infelicitate pars prædii lædatur, vel pereat, pertinet ad vaſallum, & emphyteutam; ergo ad eoſdem pertinebit commodum, qui enim ſentit onus, ſentiat & commodum.

Accedit, quod vaſallus, & emphyteuta dicantur eſſe utiles domini, habeantque utile dominium, ita, ut omne commodum ad eos pertineat & emolumentum, ergo etiam theſaurus, cum ſit rei commodum.

Ad *Argumentum I. R. Neg. min.* vaſallus enim, & emphyteuta ſunt utiles domini, ut theſaurus in fundo feudali, vel emphyteutico in alieno fundo repertus eſſe, dici non poſſit.

Ad II. *R. Conc. ant. neg. conſeq.* vaſallus enim, & emphyteuta Jus longe plenius, & potentius habent, quam uſufructuarius. *Accedit*, quod uſufructuarius tantum id percipere poſſit, quod eſt in fructu, ſed theſaurus non eſt in fructu, id enim in fructu eſſe dicitur, quod naſcitur, & renaſcitur; theſaurus enim non naſcitur, & renaſcitur; ſecus eſt in vaſallo, qui non capit theſaurum, ut fructum, ſed ut loci beneficium, tanquã utilis dominus. *Zoeſ. loc. cit.*

Illud pro *coronide* hujus §. notandum, quod ſi creditor in re hypothecata theſaurum invenerit, mediam partem pro ſe retineat, & mediam debitori teneatur reſtituere, quod adeo procedit, ut nec ſoluto debito alteram medietatem debitori reſtituere teneatur, quia ſuam dimidiam non retinet, tanquam creditor; ſed tanquam inventor, Jure ſcilicet inventionis. *Schmid. loc. cit.* Idem eſt, ſi theſaurus in fundo dotali a marito inventus fuerit, pro dimidia parte marito invenienti, pro altera dimidia uxori cedit, marito quidem Jure Inventionis uxori Jure dominii. *Zoeſ. ff. b. t. n. 22. & 29.* vide *Finſterwald. lib. 3. obſ. 24.*

§. Per

§. Per Traditionem. 40.

XVIII. Acquirendi dominii modus eſt *Traditio*. Nihil enim tam conveniens eſt naturali æquitati, quam voluntatem domini volentis rem ſuam in alium transferre, ratam haberi, eſtque vulgata regula: *Traditionibus non nudis pactis transferuntur rerum dominia.*

Definitur traditio, quod ſit *translatio domini*, ſi ſequentia concurrant requiſita.

69 I. Ut tradens ſit dominus rei, rei enim alienæ traditio non eſt translativa dominii, cum nemo plus Juris in alterum transferat, quam ipſe habet, *l.* 45. *ff. de R. J.*

Obj. Creditor pignus valide diſtrahit, & tamen non eſt dominus; §. 1. *Inſt. quib. alien. licet &c.* Ergo non dominus per traditionem in alium transfert dominium. ℞. creditorem tunc demum valide alienare pignus, ſi fiat ex voluntate debitoris expreſſa, vel tacita expreſſa, ſi expreſſis verbis in alienationem pignoris conſentit, tunc enim ipſe debitor vendere videtur. Nihil autem refert an ipſe dominus per ſe tradat, an voluntate ejus aliquis alius? ſicuti & per procuratorem recte dominium transfertur, quod enim quis facit per alium, ipſe feciſſe intelligitur c. 72 *de R. J. n.* 6.

Tacita debitoris voluntate diſtractio pignoris procedit, ſi pacto ſolutionis ad certum tempus facto ſatis non fecit, *l.* 4. *Cod. de pignorat. act. Harp. n.* 6. *hic* Ratio: quia, ſi debitor moram trahat, pactoque non ſatisfaciat, in alienationem pignoris conſentire videtur. *Zoeſ. ff. h. t. n.* 83.

II. Requiritur voluntas, & animus transferendi in tradente, & acquirendi in accipiente. Ex parte tradentis ratio eſt, quod nemo invitus re ſua privandus ſit: ex parte accipientis, quia invito nihil acquiritur, nec beneficium datur. *Zoeſ loc. cit. n.* 86.

III. Ut ſit res corporalis, ſicuti enim res incorporales proprie non poſſidentur, *l.* 4. §. 27. *ff. de uſucap.* ita quoque proprie non traduntur, quia tactum effugiunt, nihilominus, quia patientia unius, & uſus alterius in rebus incorporalibus loco traditionis habetur, *l.* 20. *ff. de ſervit.* ideo, ſi quis patiatur alterum uti Jure quodam, v. g. *ire, agere, uti, frui*, cenſetur ipſi quaſi tradidiſſe Jus illud ſervitutis. *Mozz. n.* 11. *hic.*

Res immobiles veræ traditioni ſubjacent, in his enim inductio in rei poſſeſſionem vices traditionis ſuſtinet. *Schneid. n.* 2.

IV. Ut ſit res alienabilis, non prohibita alienari per poſſeſſorem, vel legem. Sic traditio rei ſacræ, vel fideicommiſſariæ nihil operatur, nihil enim actum videtur, quod ſit lege prohibente. *Mozz. n.* 12.

V. Ut traditio fiat ex juſta cauſa, habili ad transferendum dominium, qualis eſt *emptio, venditio, dos, legatum, donatio, ſolutio, mutuum, &c.* nunquam enim nuda traditio transfert dominium, ſed ita, ſi juſta cauſa præceſſerit. Hinc excluditur titulus *commodati, depoſiti, locati*, quæ non ſunt cauſæ translativæ dominii. *Harp. n.* 13.

Q. *An error circa cauſam impediat translationem dominii?* ſac v. g. quod 70

ego

ego tibi pecuniam quaſi donaturus dem, tu quaſi mutuam accipias. Cum utriusque negotium ſit translativum dominii, *Quæſtio* eſt, *an tali caſu rei dominii transferatur?* Circa hanc *Quæſtionem*, promontorii inſtar, eminent duo immanes ſcopuli: unus eſt *l. ſi ego. 18. ff. de R. C.* alter autem in *l. 36. ff. de A. R. D.*

Qui *negant* tali caſu transferri dominium, producunt *d. l. ſi ego. 18. ff. de R. C.* ubi in hæc verba reſcribitur: *Si ego pecuniam tibi quaſi donaturus dedero, tu quaſi mutuam accipias: Julianus ſcribit, donationem non eſſe, ſed an mutua ſit, videndum. Et puto, nec mutuam eſſe; magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare, ſi eos conſumpſerit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit: quia ſecundum voluntatem dantis nummi ſunt conſumpti.* Ecce! hoc in *textu* aperte *negatur* dominium transferri, dum dicit: *magisque nummos accipientis non fieri.*

Qui *affirmant* dominium transferri, ſtringunt textum *l. 36. ff. de A. R. D.* ubi *textus* ita ſe habet: *Cum in corpus quidem, quod traditur, conſentiamus; in cauſis vero diſſentiamus: non animadverto, cur inefficax ſit traditio? veluti, ſi ego credam, me ex teſtamento tibi obligatum eſſe, ut fundum tradam, tu exiſtimes, ex ſtipulatu tibi eum deberi. Nam etſi pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quaſi creditam accipias: conſtat, proprietatem ad te tranſire; nec impedimento eſſe, quod circa cauſam dandi, & accipiendi diſſenſerimus.* En! e diametro ſancitur hic *priori text.* contrarium, videlicet dominium transferri, licet partes in cauſa diſſenſerint.

Ego *l.* hoc *textu* ita *moveor*, ut dominium transferri, etſi partes in cauſa diſſenſerint, audacter ſuſtineam. Ita docet *Clariſſ. D. Woller*, Vir ſingulari cultu dignus, & Promotor meus venerandus, *tract. de mutuo. pag. 116. n. 28. & ſeq. Hunn. var. reſol. pag. 392. q. 28. & pag. 349. q. 19. Harp. hic. n. 23. Zoeſ. ff. h. t. n. 9. Schamb. hic.*

Moveor II. hac ratione: quia nihil tam conveniens eſt naturali æquitati, quam voluntatem volentis rem ſuam in alium transferri, ratam haberi. *text. hic.* ſed in noſtro caſu habetur talis voluntas; ergo.

Moveor III. Si aliquid obſtaret in noſtro caſu translationi dominii, tunc obſtaret nullitas cauſæ; ſed hæc non obſtat, quia ad translationem dominii non requiritur cauſa valide ſubſiſtens; ſed ſufficit putativa; ergo hæc nullitas non obſtat. *Minor. prob.* ex eo: quia etiam, dum indebitum per errorem ſolvitur, transfertur dominium, licet vera cauſa non ſubſit, ſed tantum putativa; quod autem in ſolutione indebiti transferatur dominium, patet exinde, quia ſolventi applicatur condictio, cum alias rei vindicatio applicari deberet.

Ad *text. ſi ego. 18.* varii varie *R.* Placet, quod verba illa *d. l. ſi ego. 18. magisque nummos accipientis non fieri*, ita debeant accipi, quaſi illorum nummorum proprietas ad accipientem non transferit, ſed quod perfecte, ſive irrevocabiliter non fiant accipientis, ita ut perpetuo penes accipientem manſuri ſint; ſiquidem pecunia, quæ tanquam mutua, accepta eſt, licet accipientis fiat, avocari tamen ab illo poteſt, ſi adhuc

huc exiſtat, per certi condictionem; ſi vero conſumpta ſit, tunc quidem adhuc iſta condictio locum habet, ſed per exceptionem doli mali eliditur, quod ſcilicet pecunia ſecundum voluntatem dantis conſumpta ſit: ſic ſi dixeris, ſtatuas, neceſſe eſt, in utroque textu verum dici, nimirum nummos fieri accipientis, *d. l. 16.* & non fieri accipientis, *d. l. 13.* ſed diverſo reſpectu; nam fiunt nummi accipientis, ſed revocabiliter, quia condici poſſunt; non fiunt accipientis, id eſt, perfecte, & irrevocabiliter. Ita *Hunn. loc. cit.*

§. Venditæ. 41.

71 Dictum eſt in *ſuperiori* §. per traditionem dominium transferri, ſi juſta tradendi cauſa, & titulus habilis ad transferendum dominium ſubſit, hoc in § exceptio ſubjicitur. Nam licet emptio, venditio ſit titulus habilis ad transferendum dominium, res tamen venditæ, & traditæ non aliter emptori acquiruntur, quam ſi pretium exſolutum fuerit. Unde venditor, ſi rem tradidit, pretio nondum ſoluto, vindicare eam rurſus poteſt, quod ſæpe in concurſu aliorum creditorum magnæ utilitatis eſt. *l. 19. §. 8. ff. de act. empt. Harp. n. 15.*

Limitatur I. Niſi emptor alio modo venditori volenti ſatisfecerit, v. g. fidejuſſore, aut pignore ratione pretii dato. *text. hic.* Ratio, quia paria ſunt, pretium ſolvi, vel aliter ſatisfieri. Dixi *volenti*, quia aliud pro alio invito creditori ſolvi non poteſt. *l. 2. §. 1. ff. de R. C.*

Limitatur II. Niſi venditor emptori fidem de pretio habuerit, wann er ihme geborget, *text. hic* & in *l. 19. ff. de contrah. empt.* quia fidem ſequi, vel fidem de pretio habere, eſt quaſi ſatis accipere. *Perez. Inſt. hic.* Fidem autem de pretio habuiſſe præſumitur, cum venditor emptori ſolvendi terminum præſcripſit, vel pecunia non accepta rem tolli paſſus eſt. *Mont. n. 6. Harp. n. 18.*

Sola, & ſimplex traditio (ſi nulla prorſus pretii mentio facta ſit) fidem de pretio habuiſſe venditorem non facit, ratio: quia fidem ſequi, eſt quaſi ſatis accipere *d. l. 19.* ſatisfactio autem, cum facti ſit, non præſumitur. *arg. l. 10. Cod. de non numer. pecun. Schamb. hic. Harp. n. 18.*

§. Nihil autem. 42.

Jam *ſupra* in I. traditionis requiſito diximus, nihil intereſſe, an dominus alicui rem tradiderit, an alius ejus nomine. *text. hic.*

§. Qua ratione. 43.

Ex *priori* §. hic infertur, quod ſi res alterius alicui traditæ ſint a procuratore ejus habente mandatum vel ſpeciale, vel cum libera, accipientis fiant. Generale mandatum non ſufficit, quia tale non tribuit facultatem alienandi. *Mont. n. 3.*

§. In-

§. Interdum. 44.

Tametſi regula ſit: *Traditionibus & Uſucapionibus rerum dominia transferri, l. 20. Cod. de pact.* Aliquando tamen etiam nuda voluntas ad transferendum dominium ſufficit, modo traditio aliqua ex cauſa non ſufficiente ad dominii translationem præceſſerit, v. g. depoſui apud te, vel commodavi tibi pallium, poſtea ut illud titulo donationis, vel emptionis a me acquiras, non eſt opus pallium recipere, & iterum tibi tradere; ſed ſufficit, quod velim, & patiar eſſe tuum, *text. hic* fruſtra enim fit per plura, quod poteſt fieri per pauciora.

72 Et hæc traditio per fictionem brevis manus fieri dicitur, fingitur enim in dicto caſu, ac ſi ego pallium recepiſſem, & denuo tradidiſſem. *Schamb. hic.*

§. Item ſi quis. 45.

Hic proponitur altera ſpecies fictæ traditionis, nimirum clavium traditio; nam ſi quis merces ſuas in horreo repoſitas alteri vendiderit; ſimul atque claves horrei emptori tradiderit, transfert dominium, & proprietatem in emptorem, fictio enim tantum operatur, quantum veritas. *text. hic.*

73 Enumerantur præterea plures fictæ traditiones in Jure noſtro, uti ſunt primo: *Inſtrumenti*, ſive *Chirographi*, *l. 1. Cod. de donat.* Secundo, *Conſignatio*, ſi emptor res emptas conſignet. *l. 14. ff. de pericul. & commod. rei vendit.* Tertio, *Appoſitio cuſtodis*, v. g. ad emptum acervum ligni, *l. 51. ff. de acq. poſſ. Manz. n. 5. Harp. n. 3. 4. & 5.*

§. Hoc amplius. 46.

74 Tertia ſpecies fictæ traditionis eſt projectio miſſilium, Romani enim Principes, qui divitiis abundabant, liberalitatis gratia ſolebant ſpargere miſſilia, ſicuti & hodie in electione Papæ, & Imperatoris fieri ſolet, & tunc projiciens vult, ut illud, quod quisque apprehendit, fiat accipientis. *Schneid. hic.*

§. Qua ratione. 47.

75 *Ultimus* acquirendi dominii modus eſt *Occupatio rei pro derelicto habita*, qualis eſt illa, quam dominus ea mente abjecit, ut in numero ſuarum rerum eſſe nolit; non mirum igitur, quod occupanti concedatur. Quod procedit tam in rebus mobilibus, quam immobilibus, ut ſi quis domum, vel agrum ita derelinquat, ut in bonis ſuis amplius eſſe nolit. *Schamb.* & *Schneid. hic.*

§. Alia ſane. fin.

Q. hic, *an is, qui apprehendit res, quæ coorta tempeſtate, levandæ & exonerandæ navis cauſa, in mare ejiciuntur, acquirat earum tanquam derelictarum dominium? R. Negative*, ratio eſt in *textu*: quia palam eſt, eas non eo animo abjici,

jici, quod quis eas habere nolit, ſed ideo, ut cum ipſa nave tempeſtatis, & naufragii periculum effugiat. Quare, ſi quis eas fluctibus expulſas, vel etiam in ipſo mari natantes lucrandi animo abſtulerit, furtum committit. *text. hic.* quia rem detinet, invito domino, lucri faciendi gratia.

Ad verſ. Ne longe.

Quæ dicta ſunt de *projectis in mare*, eadem obtinent in iis, quæ de *rheda currente*; non advertente domino, *deciderunt*, nam manent ipſius domini, cui ab inventore reſtituenda. Ubi univerſaliter

Obſervat Si quis rem invenerit, quod de domino inquirere, & ſi eum reſciverit, rem illam in conſcientia reſtituere teneatur. Quod adeo verum, ut inventor menytrum, id eſt, inventionis præmium, vel mercedem honeſte petere non poſſit. *l. 43. §. 7. ff. de furt.*

Dixi *petere*, quia honeſte, ſi ei offeratur, accipere poteſt. *Schamb. hic, & Manz. n.* 8.

Quod ſi dominum reſcire non poſſit, poterit ſibi retinere; nulla enim lex eſt, quæ obſtringat inventorem, ut rem inventam elargiatur in pauperes. *Schamb. hic. & Harp. n.* 9. *Layman lib.* 3. *de Juſt. tit.* 1. *cap.* 5. *n. pen. Menoch. lib.* 5. *præſumpt.* 30. *n.* 8.

TITULUS II.

De rebus corporalibus, & incorporalibus.

SUMMARIA.

1. *Quæ res dicantur corporales*, 2. *Quæ incorporales.* 3. *Quæ dicantur res mobiles*, 4. *Quæ immobiles.* 5. *Pecunia numerata an referenda ſit ad res mobiles, an vero immobiles.* 6. *Quo pertineant Jura, & actiones.* 7. *Pecunia, ex re immobili redacta, an ad res immobiles ſpectet.* 8. *Quid interſit, an res dicatur mobilis, an immobilis.*

Expoſuimus *Titulo præcedenti* varias rerum *diviſiones* hic rurſus ponitur alia, quæ plane generalis eſt, involvens omnes alias rerum diviſiones, facitque *res alias corporales*, alias *incorporales.*

Ad verſ. Corporales, & ad verſ. Incorporales.

1 Quæritur hic, *quænam res dicantur corporales?* ℞. *Imperator*: res corporales hæ ſunt, quæ ſui natura tangi poſſunt, h. e. quæ ſub tactum cadunt, quasque, ſi præſentes ſint, corpore & manu apprehendere, oculis conſpicere, vel cæteris ſenſibus percipere poſſumus, *v. g. homo, veſtis, fundus, aurum, argentum, &c. Vin. Inſt. hic. n* 1. Dicitur autem *ſui natura*, ut indicetur, etiam illas res, quæ cœlo infixæ ſunt, vel in abyſſo maris exiſten-

ſtentes, vel in montibus occultatæ, hac diviſione contineri, licet enim actu tangi nequeant, à natura tamen ita comparatæ ſunt, ut tangi poſſint. *Harp. n. 3 Schneid. n. 2.*

2 Res incorporales ſunt, quæ tangi non poſſunt, h. e. quæ ſub ſenſum exteriorem non cadunt, ita, ut neque tactu apprehendi, nec viſu percipi poſſint; ſed ſolo intellectu, & animi judicio percipiantur, v. g. *obligationes, actiones, ſervitutes, hæreditas, &c.*

Dices: Tamen plerumque in hæreditate reperiuntur res corporales, puta *aurum, argentum, veſtis, fundus, &c.* ergo male dicitur, quod hæreditas ſit res incorporalis. ℞. Hæreditatem hic non accipi pro rebus hæreditariis, ſed pro ipſo Jure ſuccedendi, quo reſpectu hæreditas eſt quid incorporale: ſicuti a pari in obligationem, in uſumfructum plerumque res corporales deducuntur; nemo tamen dixerit *obligationem, uſumfructum, &c.* eſſe res corporales. *Mant. n. 2. hic. Franz. Inſt. hic n. 9. Chlingenſperg. hic. ob. 2.*

Dices: Nihil intereſt, an nomine hæreditatis intelligatur ipſum Jus ſuccedendi, an vero ipſæ res ſingulares in hæreditate contentæ. ℞. Multum intereſſe, ſi enim res ſingularis evincatur, venditor hæreditatis de evictione non tenetur, *l. 1. Cod. de evict.* quia non res ſingularis cenſetur vendita, ſed ipſum Jus incorporale. *l. 2. ff. de hæred. vel act. vend.* pulchre *Chlingenſp. Inſt. h. t. q. 3. ob. 1. & 2.*

3 Res corporales *ſubdividuntur in mobiles, & immobiles.* Illæ ſunt, quæ in locum, & de loco moveri poſſunt, ſive ab iis ipſis id fiat, ut in rebus animatis accidit, puta *equo, bove, aſino, agno, &c.* Sive ab alio, ut in rebus inanimatis, v. g. *veſte, lecto, libro, ſcamno, candelabro, pelvi, &c. l. 93. ff. de V. S.* vulgo fahrende, oder bewegliche Haab, und Güther.

Res immobiles ſunt, quæ ſalva ſua ſubſtantia moveri, vel de loco in locum transferri nequeunt. *l. 10. ff. quod vi, aut clam. l. 1 § generaliter ff. de vi, & vi armata.* Vel res ſoli ſunt, vel ſolo cohærentes, ut *prædia, agri, horti, &c. l. 1. ff. de condict. trit.* germanice, liegende Gründe, oder unbewegliche Güther. *Harp. hic n. 7.* 4

Circa aliquas res, puta, *molendina navalia, molendina pneumatica, piſces, annuos redditus, torcularia, ſylvas caduas,* & plurimas alias, num ad mobiles, num ad immobiles referendæ ſint, vehementer *colliduntur AA.* Rem latius excutere longum foret. Vide *Berlich. part. 3. concluſ. 30. per tot. Harp. Inſt. hic Franz. n. 3. 4. & 5. hic.* interim

Quæres I. *Quo referenda ſit pecunia numerata?* 5

Sunt, qui eam rebus immobilibus accenſeant, quos inter eſt *Jaſon. conſil. 65. n. 8.*

Moventur per *l. 79. §. 1. ff. de legat. 3.* ubi diſerte dicitur, quod ſub legato rerum mobilium relicto non contineantur illi nummi, qui eo fine repoſiti ſunt, ut mutuo dentur.

Aſt longe verior eſt *contraria opinio,* quæ pecuniam numeratam rebus mobilibus annumerat, & ita docent *Berlich. loc. cit. n. 2. Mant. de conject. ult. volunt. lib. 9. tit. 3. n. 2. Menoch. lib. 4. præſumpt. 118. n. 7. Harp. n. 11. Franz. n.*

8. *hic. Roſenthal de Feud. c. 4. concluſ. 7. n. 1. & ſeqq.*

Prob. hæc *ſententia* per *Nov. 22. c. 45. §. Si vero*, his verbis: *Si vero univerſa conſtituta eſt in pecuniis, aut aliis mobilibus rebus antenuptialis donatio:* Accedit *l. 95. ff. de leg. 3. & l. 74. §. 1. ff. de ſolut.* Concordat Jus Auſtriæ *Sutting. in ſuis MSS. lit. F. v.* Fahrnuß. Ubi tamen excipiuntur pecuniæ, pro quibus bona immobilia hypothecata ſunt. *N. Oe. Regier. per ſent. publ. 27. Septemb. Anno 1593.* doch auſſerhalb und hindangeſetzt deren Geld-Schulden, ſo auf ausgezeichneten Stucken, Gülten, Güthern verſchrieben ſeynd.

Ad *d. l. 79. § 1.* R. quod de ſpeciali caſu loquatur, quo nimirum reſtator legavit res mobiles, in domo exiſtentes, per verba: *Quæ ibi mobilia mea erunt, do, lego.* Ubi ſub mobilibus pecunia, fœnori deſtinata, ideo non comprehenditur, quia hæc, ob celerem motum, & uſum non videtur eſſe, & exiſtere in domo. Ita in terminis *Franz. loc. cit.*

Ex dictis facile reſolves, *ad quem pertineant pecunia numerata, ſi unus in rebus mobilibus, alter in immobilibus hæres inſtitutus ſit.* Nam inſtitutus in mobilibus habebit pecuniam numeratam.

6 Q. *quo pertineant Jura, & actiones?* R. Actiones, & Jura, proprie loquendo, ad neutram ſpeciem referendas: ſed ab objecto æſtimandas eſſe, ita, ut ſi ordinentur ad rem mobilem, accenſeantur numero rerum mobilium, ſi ad immobilem, numero immobilium. *Bernlieb. p. 3. concl. 33. n. 4. & ſeqq. Gail. l. 2. obſ. 12. n. 10. Franz. hic. n. 6.* Ratio: quia, qui actionem habet, rem ipſam habere intelligitur. *l. 143. ff. de V. S. & l. 15. ff. de R. J.* ergo, qui actionem habet ad rem immobilem, rem immobilem, ſi ad mobilem, rem mobilem habere intelligitur.

Ex *dictis colliges*: Si uni in codicillo relinquantur res mobiles, & alteri res immobiles, ad neutrum pertinere Jura, & actiones, quia hæ tertiam quaſi ſpeciem conſtituunt, & neque ſub rebus mobilibus, neque immobilibus continentur. *Perhing. de reb. Eccleſ. non alien. §. 2. n. 14. Chlingenſperg. Inſt. hic. q. 7. ob. 2.*

Q. III. *An pecunia ex venditione rerum immobilium comparata referenda ſit inter res immobiles?* 7

Dixeris quod ſic, quia pretium ſuccedit in locum rei *l. 22. ff. de hæred. petit.* Sed *contrarium* tenendum cum *Mantic. de conject. ult. volunt. l. 7. tit. 3. n. 4. Hunn. ad Treutl. vol. 2. diſp. 3. q. 18. Harp. n. 16. hic. Broun. de tutel. tit. de reb. cor. qui ſub tut. th. 19.* aliud enim (inquit *Harp. loc. cit.*) eſt pretium, aliud res ipſa. *l. 28. ff. de novat. l. 28. ff. de V. S.*

Ad rationem dubitandi R. regulam illam: Pretium ſuccedit loco rei, procedere ſolum in caſibus Juris expreſſis, puta in *Judiciis univerſalibus*, ut eſt, *Petitio hæreditatis, d. l. 22.* Item in *actione metus. l. 18. ff. quod met. cauſ.* In *Judiciis* vero *particularibus* dicta regula plerumque fallit. Sic pretium ex re furtiva redactum, furtivum non eſt. *l. 48. §. ult. ff. de furt.* Nummi ex diſtractione pignoris redempti pignus non ſunt. *arg. l. 7. §. un. ff. qui pot. in pign.* Res empta ex mea pecunia, ſi ab altero, non meo nomine, emptio facta

facta ſit, mea non eſt. *arg. l. 6. Cod. de R. V. Gail. de pignorat. obſ. 11.* Vides proinde vulgatum illud Juris brocardicon, quod pretium ſuccedat loco rei, univerſale non eſſe, ſed plerumque fallere. Quam ipſam doctrinam, velim, memoriæ tenaciter imprimas: utilis enim eſt, & fructuoſa; quæ autem utilia ſunt, ad ſcientiæ gloriam multum contribuunt. Enim vero, *Lypſio* teſte, qui fructuoſa, non qui multa ſcit, ſapit.

8 *Dices*: Nulla eſt utilitas, nullus effectus, ſive res dicatur eſſe mobilis, ſive immobilis; ergo incaſſum laboravimus, dum rerum diviſioni hactenus tam anxie inſudavimus. ℞ *Neg. ant. & conſ.* I. enim intereſt in alienatione rerum minorennium, & Eccleſiaſticarum; mobiles enim ſine decreto Judicis, & conſenſu Capituli alienari poſſunt; immobiles non etiam. *tot. t. 1. ff. de reb. cor. qui ſub tut. & ⋈ de reb. Eccleſ. non alien.*

II. Intereſt in caſu, quo ſtatutum ſuperſtiti conjugi bona mobilia in lucrum decernit.

III. Intereſt ad hoc, ut intelligas, an competat interdictum, unde vi, an vero utrubi *Gail. l. 2. obſ. 10 n. 4.*

IV. Intereſt ratione retractus, de quo vide *Zoeſ. ff. de Retractu n. 83.*

Ad verſ. Eodem numero.

In hoc *ultimo* ℣. ad res incorporales *Juſtinianus* refert quoque *ſervitutes*, idque ideo, ut tanto commodius in *ſequentem Titulum* illaberetur.

TITULUS III.

De ſervitutibus ruſticorum, & urbanorum prædiorum.

SUMMARIA.

1. *Servitus bifariam accipitur.* 2. *Quomodo definiatur?* 3. *Alia perſonalis, alia realis.* 4. *Alia ruſtica, alia urbana.* 5. *Prædium ruſticum, & urbanum, quid ſit?* 6. *Quomodo poſſis ſcire, an ſervitus ſit ruſtica, an urbana,* 7. *Quid ſit iter?* 8. *Quid actus?* 9. *Quid via?* 10. *Quid aquæ ductus?* 11. *Quid Jus paſcendi?* 12. *Paſcua alia publica, alia privata.* 13. *An locus prædii ſervientis mutari poſſit?* 14. *Quid ſint ſervitutes urbanæ?* 15. *Aliæ ſunt affirmativæ, aliæ negativæ.* 16. *Servitus oneris ferendi,* 17. *Item tigni immittendi definiuntur.* 18. *Tigni nomine quid veniat?* 19. *Tignum, ſine Jure ſervitutis immiſſum, intercidi poteſt.* 20. *Servitus ſtillicidii quid ſit, & quotuplex?* 21. *Item quid ſervitus altius, & non altius tollendi?* 22. *Servitus, ne luminibus officiatur, quæ dicatur?* 23. *An vicinus mea lumina ædificando obſcurare poſſit?* 24. *Quid ſit ſervitus luminum?* 25. *An in meo pariete feneſtram aperire poſſim, qua in aream alterius proſpiciam?* 26. *Quid ſit æmulationis cauſa lumina* *ædi-*

ædificando obſcurare? 27. *Quare ſervitutes dicantur prædiales?* 28. *An vaſallus fundo feudali ſervitutem rectè imponat?* 29. *Servitutes quomodo conſtituantur?* 30. *An præſcriptione?*

1 VOx *Servitutis* homonyma eſt, ac *duplicem* in uſu Juris *Significationem* habet. I. ſumitur pro *Qualitate perſonali*, qua inducitur privatio libertatis, indeque pendentium Jurium, & de hac ſervitute ſuperiori libro ſatis, ſuperque egimus.

II Accipitur pro *Jure*, vi cujus utilitatem quamdam ex re aliena percipere poſſumus; atqui in hac acceptione eſt noſtri inſtituti, ac a variis varie, a paucis bene *definitur*; placet, quod ſit

2 *Jus reale, vi cujus libertas domino alioquin in re ſua competens minuitur, ita, ut in commodum noſtrum aliquid in ſuo pati teneatur, vel non facere. Franz. Inſt. hic. Schneid n. 1.* Germanice vocatur eine Dienſtbarkeit, N.Oe. neue Satz- und Ord. *de Jurib. incorp tit.* 16. §. 1.

3 *Dividitur* in ſervitutem *perſonalem, & realem. Perſonalis* eſt, quæ perſonæ debetur, ſeu quæ proxime reſpicit utilitatem perſonæ, v. g. *uſus, uſuſfructus*, & *habitatio*, de quibus *tit. ſeqq. Realis* eſt, quæ rei debetur, ſive quæ proxime reſpicit utilitatem rei, v. gr. *iter, actus, via, &c.* de quibus *hoc titulo*. Servitus realis, quæ alio nomine etiam prædialis nominatur.

4 Subdividitur in *urbanam, & ruſticam*. Urbana eſt, quæ debetur prædio urbano. Ruſtica, quæ debetur prædio ruſtico. *Prædium* autem *urbanum* dicitur, quod præbet uſum urbanum, h. e. quod *inhabitandi*, *negotiandi*, *recreandi* cauſa conſtitutum eſt. *Ruſticum prædium* eſt, quod præbet uſum ruſticum, h. e. quod ad fructus colligendos, vel aſſervandos, vel ad ſtabilienda pecora extructum eſt. *Schneid. n. 7. Chiringenſp. q. 7. hic.*

Illud non refert, an prædium ſit in urbe, an extra urbem extructum, non enim locus, ſed materia prædium facit vel urbanum, vel ruſticum. *l. 198. ff. de V. S.*

Unde, ut intelligas, *an prædium urbanum, an ruſticum ſit*; uſum, quem præbet, inſpicias, neceſſe eſt, & ſi ille uſus ſit urbanus, h. e. ſi ad inhabitandum, negotiandum, vel recreandum deſtinatus ſit, prædium erit urbanum. Econtra, ſi ille uſus ſit ruſticus, puta, ad *reponendos fructus*, *ad aſſervanda inſtrumenta ruſtica*, vel ad *ſtabilienda pecora* deſtinatus, prædium erit ruſticum *d. l. 198. ff. de V. S. & l. 166. ff. eod. Cæpolla de ſervit. tit. 1. cap. 1. n. 2. Marti. de ſervit tit. 1. q. 2. n. 7. Schneid Inſt. n. 7. Franz. n. 8. Schamb. hic. Ex dictis*

Colliges: licet hortus regulariter, & communiter prædiis urbanis adnumeretur, quia videlicet pleramque recreandi cauſa extruitur; ſi tamen hortus in redditu ſit, h. e. *uvas* vel *olivas* generet, quod incipiat eſſe prædium ruſticum, *d. l. 198.* quia prædium recipit ſuam denominationem ab uſu & fine, ad quem deſtinatum eſt. Sic pariter, licet ſtabula communiter pro ſtabulandis jumentis comparata ſint, & hoc ſenſu veniant nomine ruſticorum prædiorum, ipſa tamen ſtabula etiam prædia urbana eſſe poterunt, puta, ſi ſine 5

ſine-

meritoria, h. e. pro mercede elocentur, & paterfam. non tam uſum ſtabuli, quàm mercedem ex uſu primario reſpiciat, vel etiam, ſi ſtabula deſtinata ſint ad manſionem pauperum hominum. *Frantzkius n. 15. & Schamb. prin. hic.* pulchre *Franz. n. 9. V. obſ. 5.*

Oſtendi, quomodò intelligere poſſis, an prædium *ruſticum* ſit, an *urbanum*? Jam

Q. I. *Quomodo cognoſcere poſſis, an ſervitus ſit urbana, an ruſtica?*

Obſerva: Prædium aliud eſſe *dominans*, aliud *ſerviens*. Illud vocatur, cui debetur ſervitus. Hoc dicitur, quod debet ſervitutem. *Mynſing. n. 6. Schneid. n. 5.* Quo prænotato

℞ Inſpiciendam eſſe qualitatem prædii, cui ſervitus debetur. Quod ſi ſit prædium ruſticum, ſervitus erit ruſtica; ſi urbanum, erit urbana, ſervitus enim denominatur a prædio dominante, tanquam a digniori. Ita *Frantzkius n. 20. Schneid. n. 3. Harp. n. 99. hic.* Unde licet via ſit ſervitus ruſtica; ſi tamen via per fundum ſuum debetur meæ domui, dicetur ſervitus urbana, quia denominatur a prædio dominante, & de ſe nulla ſervitus eſt vel urbana, vel ruſtica, ſed accipit denominationem hanc a principio extrinſeco, puta a prædio dominante. *Franz. n. 6.*

Dices: Nihil intereſt, an ſervitus ſit urbana, an ruſtica; ergo male diſtinguitur. ℞ *neg. ant. & conſeq.* Intereſt enim ratione amiſſionis: ſervitus enim ruſtica ſolo non uſu amittitur, non urbana, utpote in qua opus eſt facto ejus, cujus prædium ſervit. *l. 15. §. 1. ff. quemadmod. ſerv. amitt.* Hoc ipſum nos *infra h. 1.* latius *explicabimus.* vide *Ohlingenſperg. q. 6 ob. un hic.*

Species ſervitutis ruſticæ *Imperator* hic in principio varias recenſet. I. eſt *Iter*, Germanice ein Fuß- oder Gang-Steig, wann einer einen Weeg und Steg über fremde Gründe hat. *N. Oe. neue Satz- und Ord. de Jurib. incorporal. §. 2. tit. 16.*

Definitur, quod ſit *Jus eundi, ambulandi hominis per fundum alienum; non etiam jumentum agendi, vel vehiculum ducendi.* Caſus hujus ſervitutis poteſt talis eſſe: habebam ego fundum; habeas & tu fundum in propinquo, cum in meum ire vellem, opus mihi erat magno circuitu, pactus tecum ſum, ut mihi iter concederes per tuum fundum ad meum: tu mihi iter conceſſiſti, ut tranſire poſſem, ſed neque cum jumento, neque cum vehiculo. Ex iſta conceſſione mihi quæſitum eſt Jus in fundo tuo, vi cujus per illum ad meum fundum ire poſſum, & hoc jus vocatur ſervitus itineris. *Schneid. n. 11. Manz. n. 4. hic.* 7

Dixit I. *Jus eundi*: ubi *notandum*, quod is etiam ire intelligatur, qui ſella, vel lectica portatur, vel equo incedit. *l. 7. & l. 12. ff. de ſervit. præd. ruſt.* Ratio eſt: tum, quia alias male conſultum foret podagrico, aut valetudinario iter habenti. Tum quia, qui alteri concedit iter, in effectu concedit ipſi bipedale ſpatium, per quod poſſit incedere; atqui ſive pedes, ſive eques incedat, ſive ſella, ſive lectica portetur, non inſumit majus ſpatium; ergo. *Manz. n. 10.*

Hæc ipſa tamen *Extenſio* tunc denuo locum habet; niſi inter partes conven-

 tum

tum ſit, ut pedibus tantum incedere liceat; tunc enim contractus ex conventione legem accipit, & pacta ultra mentem contrahentium non ſunt extendenda. *c.* 115 *de R. J. n.* 6. *l.* 84. *ff. de R. J. & l.* 1. §. 6. *ff. depoſiti.*

Dixi II. *Ambulandi hominis I.* Vox *ambulandi* itionem, & Reditionem denotat, cui enim ire licet, utique etiam redire permiſſum eſt? II. Vox *hominis* additur ad diſtinctionem *actus, & via*, nam iter eſt *hominum*, *actus jumentorum*, *via vehiculorum*. Homines eunt, jumenta aguntur, vehuntur vehicula. *Manz. n.* 12. *Weſenb. n.* 3.

Illud *hic* ſingulariter *notandum*, quod, licet alias in Jure prohibitum ſit, propria authoritate Jus ſibi dicere *l.* 13. *ff. quod met. cauſ. & l. ult. Cod. unde vi*, aut alteri vim inferre *tot. tit. ff. de vi, & vi armata*, illud tamen limitetur in caſu, quo quis *murum, ſepem, ædificium* erigit in loco, ubi ſervitus debetur. Hoc enim in caſu, ſi per murum, per ſepem, per ædificium impediatur uſus ſervitutis, poterit dominus prædii dominantis propria authoritate, & irrequiſito Judice ſepem, murum, ædificium intercidere, demoliri, & deſtruere. *l. quemadmodum.* 29. §. 1. *ff. ad leg. Aquil.* in illis verbis: *Jure ſuo poteſt enim intercidere. Schneid. Inſtit. hic. n.* 15. *Brunnem. in d. l.* 29. § 1. pro defenſione enim Jurium incorporalium vim vi licet repellere. *l.* 1. §. 2. *ff. de itin. actuque privato. Schneid. d. lo. Gail.* 1. *obſ.* 147. *n.* 2. *Stephan. de Juriſdict. lib.* 1. *cap.* 49. *Menoch. remed.* 3. *retinend. poſſ. n.* 29. *Roſenthal. de feud. cap.* 10. *concl.* 41. vide N. Oe. Satz- und Ordnung, *loc. cit.* §. 6. Welcher ſich in ſeinem rechtmäſſigen Proceſs wider eines andern Gewalt, und unbefugten Angrif, auf gebührende und in Rechten zugelaſſene Weis ſelbſt ſchützet, und handhabet, der kan deſswegen keines Gewalts beſchuldiget, noch angeklaget werden.

II. Servitus ruſtica eſt *actus*, noſtro idiomate ein Trieb; alii vocant ein Fahr-Weeg.

Definitur, quod ſit *Jus agendi jumentum, vel vehiculum per prædium alienum ad noſtrum. text. hic. & in l.* 1. *ff. de S. P. R.* Unde advertis, in quo differat *actus* ab *itinere*; nam, qui iter habet, actum non habet; econtra, qui actum habet, etiam iter habet. Qui ergo actum habet, non tantum habet Jus agendi jumentum, vel vehiculum ducendi, ſed etiam eundi, & ambulandi ſine jumento, quia, cui licet, quod eſt plus, ei non debet denegari quod eſt minus; *c. cui licet. de R. J. in* 6. atqui plus eſt jumentum agere, & vehiculum ducere, quam ire, & ambulare; ergo. Ratio alia, quia uno conceſſo omne illud conceſſum videtur, ſine quo alterum expediri non poteſt; *l.* 2. *ff. de Juriſdictione*, atqui jumentum agi, h. e. ante ſe propelli, & abigi, ſeu agitari non poteſt, niſi inſequatur homo, & ambulet; ergo. *Manz. n.* 22. *Harp. n.* 48. *& n.* 49. *hic.*

8 *Dices:* ex dictis ſequitur, quod iter actu abeſſe non poſſit; ſed iter poteſt ab actu eſſe; *l.* 1. § 1. *ff. ſi ſervit. vind.* ergo. R. Iter dupliciter conſiderari poſſe, in *abſtracto*, & in *concreto*. In *abſtracto* conſideratum, h. e. quatenus ſolam itionem ſine jumento includit, non continetur in actu *d. l.* 4. §. 1. In *concre-*

creto vero conſideratum, h. e. quatenus neceſſarium eſt ad agendum jumentum, formaliter, & eſſentialiter in actu includitur, cum nemo poſſit agere, niſi eundo inſequatur jumentum, & de hoc itinere intelligenda eſt *l. 1. ff. de adimend. legat.* ubi dicitur, quod actus ſine itinere eſſe non poſſit. *Harp. n. 52. Hunn. var. reſolut. lib. 2. tract. 2. q. 3. Bachov. ad Treutl. vol. 1. diſp. 17. th. 4. lit. C. Ex dictis*

9 *Infero*, quod inter partes recte conveniri poſſit, ut quis actum habeat, non vero iter in abſtracto ſumptum, hoc enim in actu eſſentialiter non continetur.

Sane, ſi actus ſimpliciter conceſſus fuerit, iter quoque, in abſtracto ſumptum, intelligitur conceſſum. *l. 1. ff. de S. P. R. l. 52. ff. de V. O. l. 9. §. 2. ff. de Novat. Franz. n.* 25. & *communiter omnes.*

III. Servitus ruſtica eſt *via*, Germanice, eine Dienſtbarkeit, vermög dero einer nicht allein gehen, reiten, fahren: ſondern Bäum und Stein darüber führen, ſchleif- oder flötzen kan.

Definitur, quod ſit *Jus eundi, ambulandi, agendi jumentum, vehiculum ducendi, lapides, trabes, & tigna trahendi, & rectam haſtam ferendi*, h. e. exercitum per alterius agrum, vel fundum ducendi; modo fructus non lædat. *l. 7. ff. de S. P. R. Schneid. n. 19. hic:* Aliter iſta verba: *rectam haſtam ferendi* interpretantur *Menz. n. 27. Schamb. hic.*

Differt via ab actu I. quia, qui viam habet, non tantum habet Jus eundi, & agendi jumentum, ſed trahendi lapides, trabes, tignum, &c. adeoque latius patet. *Harp. n. 64.* II. Latitudo viæ in Jure determinata eſt, videlicet, ut in porrectum octo pedes, in anfractum vero, ubi flexum, & ſinuoſum eſt, ſedecim pedes contineat, *l. 8. ff. de S. P. R.* contra vero latitudo actus nullibi reperitur definita. *Menz. n. 28. Franz. n. 26.*

IV. Servitus ruſtica eſt *aquæductus*, in noſtra vernacula eine Waſſer-Leitung. Wann einer befuget, durch eines anderen Grund ein Waſſer zu führen.

Definitur, quod ſit *Jus ducendi aquam per fundum alterius.* Dicitur *ducendi aquam*, ut differat ab aquæ hauſtu, quæ ſervitus imponitur illi aquæ, quæ duci non poteſt, veluti puteali. *Menz. n. 35.* 10

V. Eſt *aqua hauſtus*, quæ eſt Jus hauriendæ aquæ ex fonte privato, vel alia aqua vicini.

Circa hanc ſervitutem *notanda* ſunt duo. I. Ut is, cui acquiritur, habeat vicinum prædium, *l. 1. §. 1. ff. de S. P. R.* licet enim tunc aqua hauriatur pro utilitate perſonarum, quæ vicinum prædium poſſident, iſta tamen ſervitus realis dicitur, quia debetur a te reſpectu, & contemplatione prædii vicini, & conſequenter illud Jus reale eſt, & tranſitorium ad hæredes. Quod ſi acquirens non habeat prædium vicinum, ſed forte ex conventione tantum pro utilitate ſuæ perſonæ aquæ hauſtus ei conceſſus fuerit, dicitur Jus perſonale, quod cum perſona extinguitur *l. 4. ff. & 1. Schneid. n. 27.*

II. *Notandum*, quod, conceſſa hac ſervitute, iter quoque ad aquam, ac id omne, ſine quo ad puteum perveniri non poteſt, conceſſum eſſe intelligatur, *l. 11. §. 1. ff. commun. præd.*

 l. 3.

l. 3. §. *qui habet*, *ff. de S. P. R. Harp. n.* 38. *Schneid. n.* 27 *Fran. n.* 28 *hic.* Concordat Jus Auſtr. Neue Satz-und Ordnung *de Jur. incorp. tit.* 16 §. 7. Welcher aus einem Brunnen-Quell, oder einen Schöpf-Brunnen auf fremden Grunde das Waſſer zu ſeinem Haus, oder Grunde zu nehmen befuget iſt, der hat die Gerechtigkeit des Steigs zu ſolchen Waſſer, und alſo entgegen.

11 VI. Servitus ruſtica eſt *Jus paſcendi*, Vieh-Trieb. Wann einer befuget, ſein Vieh in fremden Auen, und auf anderer Leute Gründen zu halten, und zu wenden. *Deſcribitur*, quod ſit *facultas paſcendi pecora in alieno fundo.*

12 *Paſcua* alia ſunt *publica*, alia *privata*. Publica ſunt, quando univerſitas alicujus villæ, vel civitatis habet *fundum*, *prata*, *agros*, vel *ſylvas*, in quibus omnes, & ſinguli de univerſitate ſua pecora paſcere poſſunt.

Privata ſunt, quæ alicui privato Jure proprio in fundo alieno (forte ex *emptione*, *venditione*, *legato*, vel *præſcriptione*) competunt. *Harp. n.* 91. *Capolla tract. de ſerv. ruſt. præd. c.* 9. *n.* 4. *Berlich. p.* 2. *concl.* 49. *n.* 2. *Schmeid. n.* 40.

Cæterum, tametſi appellatione *pecoris* contineantur omnes quadrupedes, quæ gregatim paſcuntur, *l.* 65. §. *pecoribus ff. de legat.* 3. Servitute tamen paſcendi uti aliter quis non poteſt, quam ſit in conventione, vel præſcriptione, *arg. l.* 1. § 6. *ff. depoſiti.* Ubi dicitur, quod contractus ex conventione legem accipiat, & *l.* 1. §. *ſi quis. ff. de itinere, actuque privat.* Ubi ſtatuitur, tantum eſſe præſcriptum, quantum poſſeſſum. Unde *Infra.* Si inter partes convenerit, tantum de paſcendis ovibus numero centum, non poſſint ibi boves, vel ultra centum oves paſci. *Schneid. n.* 31. *Harp. n.* 10. *Capolla loc. cit. cap.* 9. *n.* 17. *Berlich. d. loc. concl.* 49. *n.* 10. Idem ſtatuit N. Oe. Satz-und Ordnung *de Jur. incorp.* §. 14. Weſſen ſich einer erſtlichen mit ſeinem Nachbarn, des Vieh-Triebs, Wayd, und Hait halber auf dero Gründen verglichen, oder wie es darmit durch langwürrig-ruhigen Gebrauch in verjährter Zeit, deren 32. Jahren hergebracht, alſo ſoll er ſich auch deſſen, und keines mehrern, ohne abſonderliche Bewilligung zu gebrauchen haben.

Q. II. An dominus prædii ſervientis poſſit loca, in quibus debet alteri ſervitutem paſcendi, mutare, & reducere ad culturam, invito domino prædii dominantis? 13

Ratio dubitandi I. eſt, quia quilibet eſt rei ſuæ moderator, & arbiter. *l.* 21. *Cod. mandati.* II. *Ex l.* 24. §. *ult. ff. de damno infecto.* ubi diſerte cautum eſt, licere mihi puteum fodere, etiamſi vicini putei venæ præcidantur; ergo poſſum aliquid in fundo meo facere, licet id alteri noceat.

Verum his non obſtantibus R. Prædium ſerviens mutari non poſſe, ſi per mutationem conditio prædii dominantis reddatur deterior. Ita *Gail. lib.* 2. *obſerv.* 67. *n.* 10. *Bach. ad Treutl. vol.* 1. *diſp.* 17. *th.* 16. *in fine. Schneid. n.* 22 *& ſeq. Capolla d. cap.* 9. *n.* 4. *fuſe Berlich. p.* 2. *concluſ.* 49. *n.* 24. *Surdus conſil.* 65. N. Oe. Satz-und Ordnung *loc. cit.* §. 16. ubi omnino vide.

Prob.

Prob. per *l. 1. §. 4. ff. de aqua pluvia arc.* ubi in hæc verba reſcribitur: *Sic debet aliquis agrum ſuum meliorem facere, ne vicini deteriorem faciat.* atqui utique deteriorem faceret, ſi quis forte vellet ex prato ſtagnum, aut ex ſylva vites facere; ergo.

Accedit *l. 9. Cod. de ſervit.* ubi dicitur, quod ædificans contra debitam ſervitutem teneatur id demoliri ſuis ſumptibus; ergo ſignum eſt, quod conditionem prædii dominantis non liceat reddere deteriorem.

Ad *Rationis dubitandi* patet *ſolutio.* L. enim procedit, niſi alteri in fundo illius Jus, ſeu ſervitus aliqua competat.

II Eadem ſolutione perimitur ſcilicet, poſſum in meo fundo puteum fodere, licet venæ alterius putei præcidantur; niſi alter Jus, aut ſervitutem habeat, vigore cujus mihi non permiſſum ſit, puteum in meo fundo fodere.

Præter ſervitutes ruſticas, hactenus enumeratas, dantur adhuc plurimæ, puta, *calcis coquendæ, arenæ fodiendæ, eximendi cretam, ſumendi pedamenta, lignandi, faciendi figulinam, habendi tugurii, &c.* de quibus vide *Manz. tract. de ſervit. tit. 3. q. 70. n. 324. & ſeqq.*

§. Prædiorum. I.

14 Servitutes urbanæ ſunt, quæ prædiis urbanis debentur, h. e. quæ *habitandi, recreandi, commercia tractandi cauſa* facta ſunt, ſive in urbe, ſive extra urbem; quia non locus, ſed materia, ſive uſus facit prædia urbana, vel ruſtica, *d. l. 198. ff. de V. S.*

15 Servitutes urbanæ aliæ ſunt *affirmativæ*, aliæ *negativæ*. Et per hanc *diviſionem* differunt a ruſticis ſervitutibus, utpote quæ omnes ſunt affirmativæ, & per negationem non conſtituuntur, *Schneid. n. 2. Franz. n. 3.*

Affirmativæ ſunt, quæ eo tendunt, ut teneatur vicinus aliquid pati, vel ſuſtinere, v. g. *oneris ferendi, tigni immittendi, altius tollendi, ſtillicidii avertendi, &c.*

Negativæ ſunt, quæ eo collimant, ut vicinus prohibeatur aliquid facere, vel cogatur aliquid omittere contra naturalem libertatem ædium ſuarum. *Manz. n. 1.*

16 Prima ſervitus urbana eſt ſervitus *oneris ferendi*, quæ dicitur eſſe Jus, *vi cujus vicinus noſter tenetur pati, ut paries, vel columna in area ejus poſita onus ædium noſtrarum ſuſtineat.* Germanice: Eine Dienſtbarkeit, vermög dero einer befuget iſt, auf, oder an ſeine eigene Mauer ſeinem nächſten Nachbarn zu bauen, N. Oe. Satz- und Ordnung. *loc. cit. §. 1.*

Iſta ſervitus hoc habet ſpeciale, quod dominus prædii ſervientis teneatur *murum, parietem*, vel *columnam*, quæ fert onus ſervitutis, ſuis propriis ſumptibus reficere, & oneri ferendo idoneam reddere, ſi forte collabatur, aut labem contrahat. *l. 33. ff. de S. P. U. Franz. n. 5. lit. Harp. n. 8. & cæteri omnes.* Sumptus tamen fulturæ ſpectant ad illum, cui ſervitus oneris ferendi debetur. *l. 8. ff. ſi ſervit. vind. Schneid. n. 4.*

II. Servitus urbana eſt Jus *immittendi tigni*, vulgo das Tram-Recht. 17

De-

Definitur, quod ſit *Jus*, *vi cujus vicinus in parietem ſui vicini ita trabem poteſt immittere*, *ut in utroque prædio*, *tam dominante*, *quam ſerviente*, *requieſcat*, *l. 2. ff. de S. P. U.*

18 *Obſerva*, quod licet regulariter nomine tigni, *cæmenta*, *lapides*, *tegula*, *calx*, *arena*, & omnis materia, ex qua ſiunt ædificia, veniant §. 29. *Inſt. de R. D. & l. 62. ff. de V. S.* hic tamen tignum tantum ſumatur pro trabibus immiſſis. *Schweid. n. 5. Harp. n. 13.*

19 Q. III. *Quid Juris, ſi non habens ſervitutem tigni immittendi in meum parietem*, *immittat trabem?* ℞. Quod poſſim talem trabem propria authoritate tollere, & intercidere, *d. l. quemadmodum. 29. §. 1. ff. ad leg. Aquil.*

Quæ ipſa lex cum ſemper allegari ſoleat, ſi quis, non habens ſervitutem, murum in fundo alieno fabricet, vel ſepem erigat, ideo, ut illam memoriæ tenaciter imprimas, re iterum, iterumque moneo. Vide *Schweid. n. 5. bic. Capell. de ſerv. urban. præd. cap 3.*

Sed *ain*! quæ eſt ratio ſpecialitatis, quod trabem, in meum parietem ſine Jure ſervitutis immiſſam, propria authoritate tollere, & intercidere poſſim; cum tamen in *l. exſtat. 13. ff. quod met. cauſ.* ſevere prohibeatur, ne quis propria authoritate ſibi Jus dicat? ℞. Rationem ſpecialitatis communiter in eo poni, quia quod in meo ſolo ponitur, vel ædificatur, ſolo cedit, atque ita meum ſit, §. 30. *Inſt. de R. D.* Ideoque, ſi deſtruo illud, vel incido, videor deſtruere potius id, quod eſt meum, quam quod alterius; rebus autem meis uti, vel abuti poſſum. *l. 21. §. Mandati.* Ita quoque ex *Harp. n. 17. hic.* ℞. Quando nimirum ante unius anni, & quod excurrit, revolutionem pro *Actu repetitionis* ad Inclytam Facultatem Juridicam more ſolito rigoroſe tentabar.

20 III. Servitus eſt *ſtillicidii*; quæ duplex, *affirmativa*, & *negativa*, ſive *avertendi*, & non *avertendi* ſtillicidii.

Servitus ſtillicidii avertendi eſt *Jus*, *vi cujus aliquis poteſt aquam pluvialem a ſuo tecto avertere*, *& derivare in aream*, *vel vicini cloacam*, *per quam ſordes effluunt*, *& eluuntur. Mont. n. 16.*

Servitus ſtillicidii non avertendi eſt Jus, vi cujus vicinus ſtillicidium, quod cadit in meam aream, non poteſt avertere ad ſuam domum, ita, ut non cadat in meam aream. Quæ ipſa ſervitus quandoque eſſe poteſt perquam utilis; fac enim, *hortum eſſe irrigandum*, *implendam ciſternam*, aut *ſordes evehendas*, nunquid hoc in caſu ſervitus memorata perquam conducit?

IV. Servitus urbana eſt *altius tollendi*, *& altius non tollendi*. 21

Servitus *altius tollendi* eſt *Jus*, *vi cujus vicinus noſter tenetur pati*, *ut ædes noſtras altius*, *quam forte de ſtatuto civitatis obtinet*, *tollamus*, *l. 2. ff. d. S. P. V.* Vel iſta ſervitus eatenus etiam competere poteſt, ut vicinus meus teneatur vigore ſervitutis mihi debitæ ſuas ædes altius tollere.

Quæ ſervitus utilitate, & dignitate non minima eſt, tum ne impetus ventorum noceat; tum ut altitudo domus umbram præſtet ei loco, quo forte ſolis radii grati non ſunt. Fac enim, ædibus tuis vicinum eſſe mercatorem, nunquid hujus intereſt, habere opacas, & umbratiles tabernas? ſic enim vitio-

vitioſæ merces ſine obſervatione vitii facilius vendi, & diſtrahi poſſunt. *Schneid. n. 18.*

Dices: Ex Jure naturæ cuilibet conceſſum eſt elevare ſuas ædes usque ad cœlum, *l. 24. ff. de S. U. P. l. 8. Cod. de ſervitut.* ergo non datur ſervitus altius tollendi, hac enim opus nemo habet, ſi Jure naturæ quis altius poteſt ædificare. Mirum in modum ſe torquent DD. circa *ſolutionem* hujus *argumenti*, & fere tot ſunt ſolutiones, quot hac de re diſcurrentium capita.

Bachov. ad Treutl. vol. 1. diſp. 17. th. 2. lit. D. ſolide, & perquam ſubtiliter hac de materia diſcurrit, atque negat, dari ſervitutem altius tollendi, idque non ſine magna ratione. Verum, ne rimando hanc ſubtilitatem, aut ei diu inhærendo tibi vel difficilis, vel tædioſus fiam (non enim omnes ſunt amantes ſubtilitatum) ideo

℞. Ad argumentum *diſt. ant.* Ex Jure naturæ cuilibet conceſſum eſt elevare ædes ſuas uſque ad cœlum, niſi ſtatuto civitatis, vel conſuetudine loci aliud introductum ſit, *conc. ant.* ſecus, *neg. ant. & conſeq.* Nunquid potuit in civitate ſtatutum ferri, vel conſuetudine introduci, ut certam altitudinem, invito vicino tuo, ædificando excedere nequeas? Hoc in caſu utique tibi opus eſt ſervitute altius tollendi, ſi altius, quam de ſtatuto civitatis permiſſum eſt, elevandi ædes volupe ſit. Deinde fac, contra te præſcriptum eſſe, ne altius tollas ædes tuas; nunquid hoc in caſu opus habes ſervitute altius tollendi, ſi elevare ædes velis? Ita ℞. *Vinn. Inſt. hic. n. 6. Harp. n. 32. Gail. lib. 2. obſ. 69. Colingenſp. q. 10. obſ. 1. Merz. tract. de ſervit. tit. 2. q. 22. n. 92. Weſemb. in paratit. de S. P. U. n. 3. Hunn. var. reſol. lib. 2. tract. 2. q. 8.*

Urges: Si de ſtatuto civitatis, vel conſuetudine certa ædificandi forma præſcripta eſt, quomodo poterit deinde vicinus meus per pactum, vel conventionem conſtituere ſervitutem altius tollendi, cum tamen per privatorum pacta Juri publico derogari nequeat? *l. 38. ff. de pact.* ℞ tale ſtatutum, vel conſuetudinem, vigore cujus invito vicino ſuo, non eſt permiſſum certam altitudinem ædificando excedere, non cenſeri primario, & principaliter in favorem, & utilitatem publicam introductam, ſed duntaxat ſecundario, & primario in utilitatem privatorum. Jam vero *d. l. 38.* intelligenda eſt de caſu, quo primario & principaliter totatur publicus favor.

Servitus *altius non tollendi* eſt *Jus, vi cujus vicinus noſter ædes ſuas in commodum prædii noſtri tenetur habere depreſſas. text. hic. & in l. 2. ff. de S. P. U.*

22 V. Servitus urbana eſt, ne *luminibus officiatur*, daß man einem nicht daß Licht oder Fenſter verbauen. Definitur quod ſit *Jus, vi cujus vicinus noſter nihil poteſt facere, per quod lumen ædium noſtrarum diminuatur. l. 4. ff. de S. P. U.*

23 Q. IV. An ergo vicinus meus ædificando lumina, & feneſtras meas obſcurare poſſit, ſi mihi non competat ſervitus, ne luminibus officiatur? ℞. poſſe, ita diſerte docet *l. 9. ff. de S. P. U.* his verbis: *Cum eo, qui tollendo obſcurat vicini ædes, quibus non ſerviat, nulla competit actio.* Accedit *l. 24. §. ult. ff. de damno*

damno infecto, ubi ſancitur, cuilibet in ſuo ædificare permiſſum eſſe, tametſi alteri noceat. Unde ſequitur, me meo vicino prohibere non poſſe, quo minus adverſus mea lumina ædificet, niſi ſervitus, ne luminibus officiatur, mihi competat. *Mant. n.* 36. *Capolla de S. P. U. cap.* 62 *n.* 5. *Brunnem. in d. l.* 9.

Limitatur tamen *d. l.* 9. notanter in caſu, quo quis ex invidia, vel æmulationis gratia alteri vellet obſcurare lumina, ut tunc non procedat. *Maſcard. de probat. concluſ.* 261 *n.* 17. *Gail. lib.* 2. *obſ.* 69. *n.* 14. *Brunn. d. lo.*

Dices: Servitus, altius non tollendi, & ſervitus, ne luminibus officiatur, inter ſe non differunt, quia utraque eo tendit, ne obſcurentur lumina; ergo non eſt neceſſe, ut nova ſpecies conſtituatur. R. *neg. ant. & conſeq.* Servitus enim, ne luminibus officiatur, plus habet utilitatis, quam ſervitus altius non tollendi; hanc enim qui debet, tantum obſtringitur, altius ædificando non nocere lumini, adeoque lumen, ponendo arbores, vel viridaria, obſcurare non prohibetur *l.* 12. *ff. de S. P. U.* Illam vero qui debet, neque arborem, neque viridaria ponere poteſt, ut luminibus officiat. *Harp. n.* 36 *Frantzkius. n.* 16. *Hunn. var. reſol. lib.* 2. *tract.* 2. *q.* 4. *Frantz. Inſt. loc. n.* 17.

24 VI. Eſt ſervitus *luminum*, das Licht-Recht, quæ eſt *Jus, ut cujus vicinus noſter tenetur pati, ut per feneſtram, in ſuo pariete apertam, lumen delabatur in ædes noſtras. l.* 16 *ff. de S. P. U.* Dixi *in ſuo*, i. e. vicini. Sed

25 Q. V. *An ego certa Jus conſtituta ſervitutis poſſim in meo pariete aperire feneſtram, per quam in alienam proſpiciam?* R. regulariter me poſſe, ita tamen, ut viciſſim vicinus meus, altius ædificando, vel alio modo feneſtram obſcurare poſſit. ita *Hunn. ad Treutl. vol.* 1. *diſp.* 17. *q.* 9. *Bach. ibid. th.* 3. *lit. A. Zoeſ. ff. de S. P. U. Oblingenſp. q.* 11. *loc. Schamb. Inſt. loc. Manz. tract. de Servitut. tit.* 2. *q.* 64. *n.* 99.

Prob. per *l.* 8. §. *Ariſto.* 5 *ff. ſi ſervit. vind.* ubi cuilibet licet in ſuo facere, quod ipſi libet, dummodo nihil immittat in alterius ædes, atqui aperiens feneſtram in ſuo pariete, in alienum nihil immittit, licet enim proſpiciat in alienum, oculos tamen domi, & in capite retinet; ergo *&c.*

Dixi *regulariter*, ſicuti enim ſupra *q.* 4. *concluſimus*, quod æmulationis gratia alteri nemo poſſit obſcurare lumina; ita etiam hic ponenda eſt limitatio, nimirum iſta, quod æmulationis cauſa feneſtram in ſuo pariete aperire non liceat. Ita *Gail. loc. cit. n.* 17. *Maſcard. d. lo. Obling. loc. cit. & omnes ſupra allegati*, confer & *Funſterwald. lib* 3. *obſ.* 52.

Aſt *ais*: quid eſt æmulationis gratia lumina ædificando obſcurare, vel feneſtram in ſuo pariete aperire? 26

Pulchre id explicat *Gail. loc. cit. n.* 18. *& Maſcard. n.* 11. ubi varios in hujus rei explicationem caſus adducunt. Mihi videtur, tunc vel maxime ad æmulationem quid fieri, ſi quis ædificet ideo tantum, ut in domum alterius poſſit proſpicere, & forte Monachas, haud procul habitantes, in conſpectu habere, nihil inde aliud laturus lucri, quam ut alteri moleſtus ſit. *Gail. d. lo. n.* 26. Huc pro dilucidatione facit reſponſum *Scabin. Lipſ.* quod allegat *Brunnem.*

nem. in l. 9. ff. de S. P. U. Daß ihr nicht Fug habt, eueren Nachbaren an ſolchem Fenſter-Bau zu verhinderen, es wäre dann Sache, daß er wohl an anderen Enden genugſam Liecht zu ſeinen Bau bringen könte, und dieſes Fenſter gegen euren Hof aus keiner Nothdurft, ſondern allein euch zum Verdruß mache.

§. Ideo autem. 3.

27 Poſtquam *Imperator* præcipuas ſervitutum tam ruſticarum, quam urbanarum ſpecies retulit, nunc in *præſenti* §. rationem reddit, quare has ſervitutes prædiorum appellet, atque ideo, quoniam nemo poteſt acquirere ſervitutem, niſi qui habeat prædium, nec quisquam ſervitutem habere poteſt, niſi pariter prædium habeat, prædia enim ſunt ſubjecta ſervitutum, & ſervitutes ſunt quaſi adjuncta prædiorum; atqui adjunctum non poteſt ſubſiſtere ſine ſuo ſubjecto *l. 129. §. 1. & l. 178. ff. de R. J. Harp. hic. n. 2. Manz. n. 1. Perez. Inſt. hic.*

Non obſtat *l. 23. ff. de S. U. P.* ubi futuro ædificio ſervitus imponi poteſt; nam tunc non *realiter*, ſed tantum in *ſpe*, & velut ſub *conditione* imponitur, ſi ædificium extructum fuerit, interim Jure ſervitutis manente in ſuſpenſo. Deinde talis ſervitus poteſt fundari in ipſa area, atque hinc non eſt abeque omni ſubjecto. *Vinn. Inſt. & a Sommoing. n. 11.* Ex dictis

Colliges: Ad hoc, ut quis ſervitutem conſtituere poſſit, requiri, ut prædium habeat, *h. e.* prædii dominus ſit. *text. hic, & in l. 1. §. juncta l. 6. ff. commun. præd.* Unde ex defectu hujus conditionis ſervitutem non poteſt imponere I. Maritus in re dotali, *l. 5. ff. de fund. dotal.* his verbis: *Julianus ſcripſit, neque ſervitutes fundo debitas poſſe maritum amittere, neque ei alias imponere* II. Tutor, vel Curator fundo pupillari ſine decreto *l. 3. §. 5. ff. de reb. eor. qui ſub tut. ſunt.* III. Prælatus Eccleſiæ fundo Eccleſiaſtico. *l. Jubemus. Cod. de SS. Eccleſ. Fram. Inſtit. hic. n. 45.*

Q. VI. *An vaſallus fundo feudali, vel emphyteuta fundo emphyteutico poſſit ſervitutem imponere?* 28 ℞. Regulariter poſſe, quia loco dominorum habentur, & domini appellantur. *l. 12. Cod. de fund. patrim.* Ita tamen, ut talis ſervitus non fiat perpetua, ſed extincto Jure vaſalli, vel emphyteutæ exſpiret, reſoluto enim Jure dantis reſolvitur & Jus accipientis. *l. 31. ff. de pignor. 2. feud. tit. 8. ℣. quid. ergo. Harp. n. 28. Manz. tract. de ſervit. tit. 2. q. 13. n. 176. Schneid. Inſt. n. 3. Roſenthal. de feud. cap. 9. concluſ. 13.*

Aliter ſe res habet, cum vaſallus, vel emphyteuta ſervitutem acquiſierit; illa enim reſoluto Jure auctoris non perit, quia meliorem conditionem feudi, vel emphyteuſis facere licet *Manz. loc. cit. n. 178. Schneid. n. 5.*

§. Si quis ſin.

29 Q. In hoc §. *Quibus modis conſtituantur, & acquirantur ſervitutes?* & R. Eas conſtitui *duobus modis*, puta, *actu inter vivos, & ultima voluntate.*

Actu inter vivos conſtituuntur ſervitutes, v. g. per *pactiones*, & *conventiones*, h. e. per contractus, puta, *ſtipulationis, emptionis, venditionis, permutationis, donationis, &c.* Ubi tamen ſubtiliter obſervandum, ipſam promiſſionem ſervitutis ſeparandam eſſe a conſtitutione ejuſdem; nam promiſſio ſervitutis nihil aliud operatur, niſi Jus ad rem, ſeu obligationem perſonalem, ea qua promittens conveniri poteſt, ne ſervitutem conſtituat, *arg. l. 3. ff. de O. & A.* & *l. 20. C. de pact.*

Ipſa autem conſtitutio ſervitutis non aliter fit, quam ſecuta traditione, quæ traditio aliter fit in ſervitute *affirmativa*, aliter in ſervitute *negativa.*

In ſervitute affirmativa vicem quaſi traditionis ſuſtinet uſus unius, & patientia alterius. *l. ult. ff. de ſervit.* Itaque ſi ex ſtipulatu tibi adſpondi ſervitutem itineris, & tu per fundum meum actu eas, illudque ego patiar, dicitur Jus ſervitutis tibi quaſi traditum eſſe.

In ſervitute negativa locum traditionis occupat omiſſio actus, quem alioquin in re noſtra exercere poſſumus, v. g. placuit inter nos, ne in gratiam prædii tui altius ædes meas tollerem, non ſuſtuli, hæc omiſſio vicem traditionis ſuſtinet, ac Jus ſervitutis operatur. *Franz. Inſt. hic. n. 32. Vinn. n. 2 Harp. n. 2. Chlingenſp. q. 13.*

Ultima voluntate conſtituitur ſervitus, v. g. per *legatum*, per *donationem mortis cauſa*, per *fideicommiſſum*; non enim *dubitandum* eſt, quin teſtator heredem ſuum damnare poſſit, *ne tollat altius ædes ſuas, ne luminibus officiat*, vel *ut patiatur vicinum in ſuum parietem tignum immittere*, vel per *fundum ſuum ire, agere, aquam ducere, &c.* Ratio eſt: quia, quod alicui licet inter vivos, multo magis licet in ultimis voluntatibus, *arg. §. un. Inſt. de leg. fuſ. can. toll. Manz. n. 12.*

Et quidem ſi per actum ultimæ voluntatis conſtituatur ſervitus, non opus eſt quaſi traditione; illa enim tranſit ipſo Jure, ita, ut legatarius ſtatim actione reali experiri poſſit. *l. 80 ff. de legat. 2. Babov. ad Trentl. vol. 1. diſp. 16. th. 3. lit. A. & vol. 2. diſp. 13. th. 1. lit. D.*

Præter recenſitos modos conſtituendi, & acquirendi ſervitutes occurrunt adhuc varii, puta, *præſcriptio, adjudicatio, conſuetudo*, &

Præſcriptionem quod attinet, circa 30 illam Jus vetus ſecernendum eſt a Jure novo. Jure veteri ſervitutes tanquam incapaces veræ poſſeſſionis uſu capi non poterant. *l. 14. ff. de ſervit. l. 43. §. 1. ff. de A. R. D.* Jure autem novo ſervitutes, ſicuti res corporales, præſcriptionem admittunt, & quidem inter præſentes decennio, inter abſentes vero vicennio. *l. ult. Cod. de præſcript. long. temp. Vinn. lib. 1. ſelect. quaſt. cap. 31. Harp. n. 7. Schneid. n. 5. Schamb. hic.*

Dices: Jura incorporalia nonniſi triginta annorum ſpatio præſcribuntur;

l. 3.

l. 3. Cod. de præſcript. 30. *vel* 40. *ann.* ſed ſervitutes ſunt Jura incorporalia; *d. l. ult.* ergo. R. a conſtitutione *d. l.* 3. exceptionem dari in ſervitutibus; hæ enim non conſiderantur, ut reliqua Jura incorporalia, ſed ut acceſſio, & pars rei immobilis, cujus naturam ſequuntur: ſicuti ergo res immobiles longo tempore, puta, *decennio inter præſentes, vicennio inter abſentes*, præſcribuntur, ita quoque ſervitutes. *Harp. loc. cit.*

De Jure Auſtriaco circa conſtituendas, & acquirendas ſervitutes res ita ſe habet: Beyderley Dienſtbarkeiten mögen ſo wohl durch Teſtament, oder anderen letzten Willen, als durch Vergleichung zwiſchen denen Lebendigen, nach dero Willkühr geſetzet und aufgerichtet: wie auch durch rechtmäſſige Verjährung deren 32. Jahren erlanget und zugeeignet werden. Wie es nun dießfalls, auch an jedem Ort von Alters beweißlichen Herkommens, darbey ſolle es annoch ſein Verbleiben haben.

TITULUS IV.

De Uſufructu.

SUMMARIA.

1. *Servitutes perſonales aliæ ſunt nominatæ, aliæ innominatæ.* 2. *Quid ſit Uſusfructus?* 3. *Uſusfructus alius eſt formalis, alius cauſalis.* 4. *Item alius legalis, alius non legalis.* 5. *Denique alius proprius, alius improprius.* 6. *Quomodo conſtituatur Uſusfructus?* 7. *Item in quibus rebus?* 8. *An in rebus fungibilibus?* 9. *An quaſi Uſusfructus pacto conſtitui poſſit?* 10. *Quomodo quaſi Uſusfructus a mutuo differat?* 11. *An veſtimentorum ſit verus, vel quaſi Uſusfructus?* 12. *Qualis cautio præſtetur in vero?* 13. *Et qualis in quaſi Uſufructu?* 14. *Item, an ſit de ſubſtantia veri?* 15. *Vel quaſi Uſusfructus?* 16. *Quomodo expiret Uſusfructus?* 17. *Quamdiu duret Uſusfructus Eccleſiæ relictus?* 18. *An pater ingrediens monaſterium amittat Uſumfructum?* 19. *Non utendo quomodo amittatur Uſusfructus?* 20. *An domo diſtructa Uſusfructus in area conſervetur?* 21. *An Uſusfructus poſſit extraneo cedi?* 22. *Item, an extraneo cedendo amittatur?*

1 Dictum eſt de ſervitutibus *realibus*. Sequitur recta methodo de *perſonalibus*; puta, de *Uſufructu*, *Uſu*, & *Habitatione*.

Dividuntur ſervitutes perſonales in *nominatas*, & *innominatas*. *Nominatas* appello, quæ certum a Jure nomen habent, v. g. Uſusfructus, uſus, & habitatio. *Innominatas* voco, quæ utilitatem perſonæ proxime quidem reſpiciunt, non tamen certum nomen habent. Sic quælibet fere ſervitus realis in perſonalem mutari poteſt. Ut ecce! ſuapte natura ſervitus itineris eſt realis; quod ſi mihi ſoli ſine reſpectu ad utilitatem prædii Jus eundi

 per

per fundum tuum concedas, degenerat in ſervitutem perſonalem. Item aquæductus eſt ſervitus realis, & tamen migrare poteſt in ſpeciem ſervitutis perſonalis, ſi præciſe conſtituatur recreationis cauſa. *l. 37 ff. de S. P. R.* Ita *Franz. hic. Vinn in princ. Lauterbach. Colleg. ff. lib. 7. tit. 1. §. 5.*

Ad princip.

2 *Definitur* Uſus-fructus, quod ſit *Jus utendi, fruendi alienare, ſalva manente ejus ſubſtantia, text. hic.* & in *l. 1. ff. eod.*

Dicitur I. *Jus, h. e.* facultas, & poteſtas re in uſumfructum data utendi, & fruendi. *Manz. n. 2. Harp. n. 5. Myns. n 2*

Dicitur II. *Utendi*, per quam particulam differt uſusfructus a Jure *pignoris*, hoc enim uti citra crimen furti non licet §. *1. Inſt de oblig. ex delict. Mynſing. loc. cit. Schneid n. 7. Perez. hic.*

Dicitur III. *Fruendi.* Quæ vox ſecernit uſumfructum ab uſu; qui enim uſum habet, uti ſolummodo, non frui poteſt, *h. e.* uſuarius ex re in uſum conceſſa tantum duntaxat percipere poteſt, quantum neceſſe habet ad quotidianam ſuſtentationem. Contra vero fructuarius omnes penitus fructus, omnes reditus, omnesque proventus percipere poteſt, quos res in uſumfructum data progenerat, *l. 7 ff. h. t.* latius proinde patet uſusfructus, quam uſus, prout latius, DEO volente, *Tit. ſeq.* videbimus.

Dicitur IV. *Rebus alienis*, res enim propria nemini ſervit. *l. 3. ff. ſi uſuſf. petat.* & per iſtas particulas differt uſusfructus formalis a cauſali, de quo paullo poſt diſſeremus.

Dicitur V. *Salva manente ejus ſubſtantia*; his verbis duo præcipue oſtenduntur. I. Verſatur circa officium uſufructuarii, quod videlicet re fructuaria ita uti, frui debeat, ne proprietatem deteriorem reddat. *l. 9. § 2 l 12 l. 65. ff. h. t.* II. Eſt, quod uſusfructus in iis rebus proprie & vere conſtituatur, quæ uſu non abſumuntur, tales ſunt *fundi, ædes, jumenta, ſervi.* Uſusfructus enim eſt Jus in corpore, quo ſublato, & ipſum tolli neceſſe eſt, *text. hic. Harp. n. 24. Manz. n 9. Schamb. hic.*

Dividitur I. Uſusfructus in *cauſalem*, & *formalem.* *Cauſalis* eſt, qui conjunctus eſt cum cauſa, ſive proprietate rei. Talem uſumfructum quilibet dominus habere dicitur, & de hoc nobis ſermo non eſt. *Formalis* eſt, qui a proprietate ſeparatus eſt, ita, ut apud unum ſit proprietas, apud alterum vero uſusfructus. *Chlingenſp. Inſt h. t. q. 3. Harp. n. 22.* & de hoc nos loquimur, iſque 3

Dividitur II. In *legalem*, & *non legalem.* Legalis eſt, quem ipſa lex proxime conſtituit; ſic conſtituit lex patri uſumfructum in bonis adventitiis filiifam. *l. 6 Cod. de bon. quæ liber.* 4

Non legalis eſt, vel *judicialis*, vel *conventionalis.* Ille eſt, quem Judex in judiciis diviſoriis conſtituit, v. g. *familiæ herciscundæ, communi dividundo*; ſi enim res commodam diviſionem non recipiat, ſolet Judex uni proprietatem, alteri uſumfructum aſſignare, atque decernere. *l. 6 ff. h. t.*

Conventionalis eſt, qui conſtituitur facto hominis, vel per actum inter vivos,

vos, v. g. *ſtipulationem, emptionem, venditionem, donationem, &c.* Vel per actum ultimæ voluntatis, ut *in teſtamento*, vel *codicillo*, expreſſe legando uſumfructum, retenta hæredi proprietate. *Schneid. n. 2. & 3. Franz. Inſt. hic n. 2.*

5 *Dividitur* III. Uſusfructus in *proprium, & improprium.* Proprius eſt, qui conſtituitur in rebus, quæ poſt uſum ſalvæ manent, v. g. *domo, fundo, jumento.* Improprius, vel quaſi uſusfructus eſt, qui conſtituitur in rebus, quæ uſu abſumuntur, v. g. *vino, oleo, frumento. Harp. n. 24.*

§. Uſusfructus. 1.

6 Q. hic, *quibus modis conſtituatur uſusfructus?* ℞. Imperator id pluribus modis accidere. I. *Per ultimam voluntatem*, ſi nimirum teſtator hæredi ſuo relinquat proprietatem, & extraneo leget uſumfructum, *text. hic.* & *l. 3. ff. h. t.* II. *Per actum inter vivos*, i. e. per *actiones, ſtipulationes. text. hic.* III. *Per legem*, ſic lex de facto patri in bonis adventitiis filiſam. uſumfructum attribuit. *l. 6. Cod. de bon. qua lib.* IV. *Per Judicem*, quando Judex in judiciis diviſoriis uni uſumfructum, alteri proprietatem adjudicat. *l. 6. §. 1. ff. h. t.* V. *Per longi temporis præſcriptionem*, puta decennio inter præſentes, vicennio vero inter abſentes. *l. fin. Cod. de præſcript. long. temp.* ita tamen, ut cum perſona præſcribentis extinguatur, in perpetuum enim uſusfructus conſtitui non poteſt, ne proprietas reddatur inutilis. *Schneid. n. 5. De Jure Auſtriaco* in ſervitutibus præſcribendis requiruntur 32. anni N. Oe. Lands-Ordnung *de Jurib. incor.* §. 3.

Wie auch durch rechtmäſſige Verjährung deren 32. Jahren, & § 14. his verbis: Oder wie es darinit durch langwürig-ruhigen Gebrauch in verjährter Zeit deren 32. Jahren hergebracht. Concordat N. Oe. Lands-Tafel, *tit.* 32 illis verbis: Was aber die andere Recht- und Gerechtigkeiten, als Dienſtbarkeiten, Servituten, Wildbahn, ꝛc. anlanget, wollen wir nach dem alten Herkommen, und Lands-Gebrauch, dieſelbe Fäll, all- und jede, ein gleichmäſſige Satzung gezogen, und hiemit geſetzet, und geordnet haben: welcher Landmann, er ſeye Geiſt- oder Weltlich, um dergleichen Recht, und Gerechtigkeiten zu ſprechen hat, daß er ſolches innerhalb 32. Jahren, und ſein vermeyntes Jus in der Zeit Rechtens anhängig machen ſolle.

Ad verſ. Ne tamen.

Cum valde ridiculum foret, aliquem appellari dominum alicujus rei, alium vero illa re uti, frui, omnemque inde percipere utilitatem, & ſic proprietatem inutilem fieri, ideo *Imperator* certos modos conſtituit, quibus modis extinguatur uſusfructus, qua de re §. 3. *h. t.*

§. Conſtituitur. 2.

Q. in hoc §. *in quibus rebus conſtituatur uſusfructus?*

Ut rem bene reſolvas, pro regula 7 tene, uſumfructum poſſe conſtitui in

 omnes

omnis generis rebus, quarum natura fruitioni eſt accommodata, ſive ſint immobiles, ut *fundi, agri, &c.* ſive mobiles, ut *ſervi, jumenta, ſtatuæ, imagines, numiſmata, &c. text. hic. Franz. n. 11. Harp. n. 1. Vinn. n. 1.* Sive corporales, ſive incorpoales *Schneid. n. 1* Ratio non eſt alia, quam quod ex omnibus iſtis rebus poſſit percipi aliqua utilitas, & commoditas. *Myns. & Mant. hic.*

8 *Excipiuntur a regula* res illæ, quæ uſu conſummantur, ut ſunt res *fungibiles*, quæ *pondere, numero*, vel *menſura* conſtant, v. g. *vinum, oleum, frumentum, &c.* Ratio genuina eſt, quia natura uſusfructus eſt, ut quis ita utatur, fruatur, ut ſalva maneat rei, & corporis ſubſtantia, *prin. h. t. & l. 1. ff. uſufruct. quemadm. cav.* atqui rebus fungibilibus ita uti, frui non poſſumus, cum earum uſus omnis in abuſu conſiſtat, & nulla inde haberi poſſit utilitas, niſi abſumantur, ergo, &c. *Myns. n. 3. Vinn. loc. cit. Harp. n. 3.* Ratio alia eſt hæc, quia rei propriæ nulla datur ſervitus. *l. 5. ff. ſi uſufr. petat.* Sed qui res illas fungibiles accipit utendas, fruendas, fit earum dominus, & proprietas tranſit in fructuarium, *l. 7. ff. de uſufr. ear. rer. quæ uſu abſum.* ergo ſervitus in iis non poteſt conſtitui. *Manz. n. 5. hic. Weſemb. n. 5.*

Dicta procedunt de vero uſufructu, ita, ut verus uſufructus in rebus fungibilibus conſtitui nequeat; ſecus eſt de quaſi, ſive improprio uſufructu, talis enim utilitatis cauſa (ut ait *textus*) etiam in rebus fungibilibus conſtitui poteſt, tametſi talis uſus potius abuſus dici poſſit. *Schneid. n. 4.* Sed *ais*, in quo conſiſtit memorata utilitas?

R. In eo conſiſtere, ut voluntates hominum ſortiantur exitum, *l. 5. Cod. de SS. Eccleſ. Harp. n. 5.* & alias in Jure propter utilitatem multa contra ſtrictas Juris regulas introducta ſunt. *l. 51. ff. ad Leg. Aquil. l. 1. Cod. de acq. & retinend. poſſ. Franz. Inſt. h. t. p. 2. n. 2.*

Q. I. *An quaſi uſusfructus etiam pacto, & contractu conſtitui poſſit?* 9

Sunt, qui quaſi uſumfructum non niſi per actum ultimæ voluntatis conſtitui poſſe autument.

I. Quia *Imperator hic* de eo duntaxat caſu agit, quo quaſi uſusfuctus teſtamento conſtitutus eſt.

II. Quia alias nulla eſſet inter mutuum, & quaſi uſumfructum differentia, atque adeo perperam confunderentur.

Verum *contraria opinio* veriſimilior eſt, eamque propugnant *Aruma exercit. 5. lib. 17. Fach. 2. cont. 11. Vinn. Inſtit hic. n. 3. Harp. n. 7.*

Ratio, quia quaſi uſusfructus ad ſimilitudinem veri uſusfructus conſtituitur; § 2. *Inſt. h. t.* atqui verus uſusfructus conſtituitur pacto, & ſtipulatione; §. 1. *eod.* ergo, &c. *Accedit*, quod commoda differentiæ ratio reddi non poſſit, quo minus in quaſi, quam vero uſufructu ſtipulationes admittantur.

Ad I. R. idcirco *Imperatorem* de legato quaſi uſufructu loqui, quia ab experientia conſtat, uſumfructum plerumque in teſtamento conſtitui.

II. Ex oſtenſione differentiæ inter 10

inu-

mutuum, & quaſi uſumfructum ſeipſo tollit. Nam I. in mutuo reddenda res ejusdem generis, & bonitatis, *l. 2. l. 3. ff. de R. C.* In quaſi uſufructu, vel res ejusdem generis, vel ejus æſtimatio, §. 2. *Inſt. h. t.* II In mutuum non veniunt, niſi res fungibiles. *d. l. 2.* §. 1. In quaſi uſumfructum etiam res aliæ, puta veſtes. *d.* §. 2. III. Mutuum quovis tempore repeti poteſt, rei vero fructuariæ æſtimatio non, niſi fructuario mortuo, aut capite diminuto. *Haunold. de J & J. tom* 1. *tr.* 3. *cap.* 2. *cont.* 2. §. 6. *n.* 131. *Menoch. de arbitr. Jud. l.* 2. *cent.* 1. *caſ.* 22. *n.* 4. *Franz. loc. cit. n.* 5.

11 Q. II. *An uſusfructus veſtimentorum ſit verus, vel quaſi talis?* Vehementer variant hac in re DD. Sunt, qui ſtatuunt, verum uſumfructum in veſtimentis conſtitui. Ita *Zoëſ. ff. de uſufruct. cor. rer. quæ uſu abſum.* n. 3. *Bachov. ad Treutl. vol.* 1. *diſp.* 16. *th.* 16. *lit. A.*

Moventur I. per *l.* 15. §. 4. *ff. de uſufr.* ubi is, cui uſusfructus veſtimentorum legatus eſt, ita debet uti, ne abutatur; ergo ſignum eſt, quod ſit verus uſusfructus; in quaſi enim uſufructu licet abuti.

Moventur II. per *l.* 9. §. 3. *ff. uſufructuar. quemadmod. cav.* ubi veſtis poſt uſumfructum dicitur reddenda eſſe; ergo, non eſt quaſi uſusfructus, utpote in quo res per uſum abſumitur.

Sunt alii, qui docent, in veſtibus conſtitui quaſi uſumfructum. ita *Hunn. ad Treutl. loc. cit. & var. reſolut. lib.* 2. *tract.* 2. *q.* 24. *Fach. lib.* 8. *cont.* 41.

Producunt pro ſe hunc noſtrum §. 2. ubi inter illas res, in quibus quaſi uſusfructus conſtitui dicitur, recenſentur etiam *veſtimenta.*

Alii *diſtinguunt* inter *veſtes quotidianas, & veſtes ſcenicas, nuptiales, lugubres, &c.* quarum perrarus eſt uſus. In illis quaſi, in his verum uſumfructum conſtitui opinantur, ex ratione, quod veſtes ſcenicæ, nuptiales, & lugubres tempore potius, quam uſu abſumantur: ſicuti ergo in navi verus uſusfructus ideo conſtitui dicitur, quia tempore potius, quam uſu conſumitur, *l.* 12. § 1. *h. t.* ita etiam dicendum in veſtibus ſcenicis, &c. ideo conſtitui verum uſumfructum, quia tales ob perrarum uſum tempore potius, quam uſu abſumuntur. Huic *ſententiæ* adſtipulantur *Harp. prin. Inſt. h. t. n.* 26. *Franz. p.* 2. *Inſt. h. t. n.* 4. Cui & ego lubenter *ſubſcribo*; nolim tamen, de me falſum judicium feras, atque tibi perſuadeas, non etiam placere doctrinam *Vinnii*, hac de re ſolide diſcurrentis, quem vide *Inſt. hic.*

Sed quid refert verus, an quaſi uſusfructus ſit? Hoc refert I. Quod in quaſi uſufructu proprietas tranſeat in fructuarium. *l. 7. ff. h. t.* II. Quod verus uſusfructus non utendo amittatur; non etiam quaſi talis, *ratio*: quia in quaſi uſufructu transfertur dominium in fructuarium, qui proinde pro libero arbitrio eodem uti poteſt.

Porro, cum *Imperator* proprietario, ut de proprietate ſecurus ſit, caveri velit, ideo ſiſtamus greſſum, & inquiramus in naturam hujus cautionis, quæ ipſa cautio aliter ſit in vero, aliter in quaſi uſufructu.

In vero uſufructu duo capies continet. I. eſt, ut uſufructuarius caveat ſe 12

uſu-

uſurum pro boni viri arbitrio, h. e. non deteriorem ſe facturum rem in uſumfructum conceſſam, ſed ita uſurum, ac ſi propria foret.

II. Eſt, ut caveat, ſe finito uſufructu proprietatem reſtituturum. *l. 2 ff. uſufruct. quemadmod. cav. Brunnem. ibid. Harp. n. 11. Schneid. n. 8. Chlingenſperg. inſt. h. t. q. 8.*

33 In quaſi uſufructu iſta cautio unum duntaxat caput continet, nimirum ſe finito uſufructu non eadem quidem corpora, quæ accepit, ſed tantundem, aut æſtimationem eorum reſtituturum. *d. l. 1. & l. 4. Cod. de uſufruct.* Item *l. 7. ff. de uſufr. ear. rer. quæ uſu abſum. Glettle p. 2. ſel. quaſt. 26. n. 1. Harp. Schneid. loc. cit. Zoëſ. ff. uſufructuar. quemad. cav. n. 1.* Ratio autem, quod in quaſi uſufructu una duntaxat cautio præſtetur, eſt, quia in quaſi uſufructu transfertur dominium, adeoque pro arbitrio de re, in quaſi uſumfructum conceſſa, diſponere poteſt, quilibet enim eſt rerum ſuarum moderator, & arbiter, *l. 21. Cod. Mandati.*

34 Q. III. *An iſta cautio ſit de ſubſtantia veri, & proprii uſusfructus, ita ut, ſi illa præſtita non ſit, uſusfructus non cenſeatur conſtitutus, nec uſufructuarius fructus ſuos faciat?*

℞. I. Indubitatum eſſe, quod fructuarius ad petitionem proprietarii neceſſario debeat iſtam cautionem præſtare; alias ſi illam non præſtiterit, fructus non facit ſuos, & fruſtra agit ad uſumfructum conſtituendum. *l. 6. ff. ut in poſſ. legat. l. 13. ff. de uſufr. & l. 4. Cod. eod. Brunnem. in d. l. 13. Vinn. Inſt. hic. n. 4. lib. 2. obſ. 47. Perez in Cod. de uſufr. n. 5. Zoëſ. ff. loc. cit. n. 4.*

℞. II. Communi calculo inter DD. obtinere, iſtam cautionem de ſubſtantia veri uſusfructus non eſſe, adeoque fructuarium facere fructus ſuos, ſi per eum non ſteterit, quo minus ſatis dederit, forte quod proprietarius illam non exegerit, vel conventione expreſſa remiſerit. ita *Zoëſ. loc. cit. n. 5. Perez. loc. cit. n. 6. Gail. loc. cit. n. 1.*

Ratio ſola, ſed ſolida eſt: quia poteſt ab hærede remitti. *l. 71. ff. ad leg. Falcid. DD. & Brunnem. in l. 1. Cod. de uſufr.* Imo in variis caſibus ab ipſa lege remittitur. ſic I. Pater, habens uſumfructum in bonis adventitiis ſui filii, propter reverentiam paternam non præſtat iſtam cautionem *l. fin. § 4. Cod. de bon. quæ liber.* II. Is, qui omnia ſua bona donavit, & uſumfructum ſibi reſervavit, etiam illam non præſtat *l. 19. §. 1. ff. de Rejudicat.* III. Fiſcus quoque, ſi ei uſusfructus legatus ſit, illam non præſtat. *l. 1. §. 18. ff. ut legat. nomine cav.* Si itaque in iſtis, & pluribus aliis caſibus, quos enumerat *Glettle l. cit. n. 1.* ab ipſa lege remittatur prædicta cautio, ſi præterea ab hærede poteſt remitti, quis eſt, qui eam de ſubſtantia veri uſusfructus non eſſe non intelligat?

Q. IV. *An iſta cautio ſit de ſubſtantia quaſi uſusfructus?* ℞. Communiter obtinet, illam eſſe de ſubſtantia. *Gail. lib. 2. obſ. 46. n. 3. Schneid. Inſt. h. t. Bachov. ad Treutl. vol. 1. diſp. 16. th. 5. lit. B. Arumæ. Exercit. 5. th. 20. Hunn. lib. 2. var. reſol. tract. 2. q. 30.* 35

Probant hanc *opinionem* I. quia iſta cautio ſuccedit in locum proprietatis, adeoque, ſi remitteretur, nulla eſſet apud conſtituentem proprietas, ſine qua

qua nullus uſusfructus poteſt conſtitui.

II. Per §. 2. *Inſt. hic.* in illis verbis: *Ut tamen eo nomine hæredi utiliter caveatur.*

Sed *negativa* verior eſt, eamque docent *Zoëſ. ff. uſusfruct. quemad. cav. n. 8. Harp. n. 18. Perez. in. Cod. h. t. n. 9. Vinn. Inſt. hic. n. 1. Fach. lib. 8. cap. 42. Gomez. var. reſolut. tom. 2. cap. 15. n. 2. Schamb. Inſt. hic.*

Probatur per *deſert. text. l. 5. §. 2. ff. de uſufr. ear. rer. quæ uſu abſum.* ubi, licet cautio non intervenerit, dicitur tamen quaſi uſusfructus finitus, & extinctus eſſe; ergo ſignum eſt, quod quaſi uſusfructus conſtiterit; quod enim nullum eſt, finiri, vel extingui non dicitur. *arg. l. 116. ff. d. V. O.*

Ad I. R. Non cautionem in locum proprietatis ſuccedere, ſed ipſam obligationem, qua fructuarius adſtrictus eſt, reſtituere tantundem, vel æſtimationem. *Vinn. & Perez. loc. cit.*

Ad II. Dico *d.* § 2. loqui de neceſſitate præſtandæ cautionis, ex hypotheſi ſcilicet, ſi exigatur.

Sed *obſtat* adhuc *l. 1. Cod. de uſufr.* ubi aperte ſancitur, teſtatorem non poſſe hanc cautionem remittere; ergo ſignum eſt, quod ſit de ſubſtantia.

R. Ultrò me concedere, a teſtatore præfatam cautionem remitti non poſſe, ergo eſt de ſubſtantia quaſi uſusfructus? *nego conſeq.* Non Q. *hic*, an teſtator, ſed an hæres illam cautionem poſſit remittere? Et *decidimus*, hæredem poſſe illam remittere, non vero teſtatorem. *Ratio*, quia iſta cautio inducta eſt in favorem hæredis, cui favori hæres, non etiam teſtator in præjudicium hæredis renuntiare poteſt. Vide pulchre hac de re diſcurrentem *Glettle p. 2. q. 26 per tot. Vinn. ſelect. quæſt. l. 1. q. 29. Zoëſ. loc. cit. n. 6. Gail. l. 2. obſ. 145. Hunn. var. reſol. lib. 2. tract. 2. q. 24. Fach. lib. 8 cap. 42. Brunnem. in l. 2. & 7. Cod. ut in poſſ. legat.*

§. Finitur. 3.

16 Dictum *ſupra* §. 1. fuit, ne inutilis reddatur proprietas in univerſum, placuiſſe, ut uſusfructus certis modis *extingueretur*, & ad proprietatem reverteretur.

Extinguitur itaque. 1. Morte naturali. Text. *hic. l. 3. § fin. ff. & l. 3. Cod. de uſufr.* Quoniam Jus utendi, fruendi eſt perſonale, perſonalia autem perſonam non egrediuntur. Itaque ad hæredem non tranſit uſusfructus, *l. 3. §. fin. ff. quib. mod. uſusfr. amitt.* niſi id expreſſe inter partes conveniatur, aut a teſtatore expreſſum ſit, ut uſusfructus quoque in hæredes transmittatur; quo ipſo tamen caſu ſingulariter notandum, quod, licet alias in Jure noſtro hæredis appellatio non tantum ad proximum hæredem, ſed etiam ad ulteriores referatur, *l. 65. ff. de V. S.* hoc tamen caſu ad primum hæredem uſufructuarii, non etiam ulteriores producatur uſusfructus. *l. 14. Cod. de uſufruct.* Ratio eſt, ne proprietas reddatur inutilis. Ita docent *Schneid. hic. Gomez. var. reſolut. tom. 2. cap. 15. n. 20. Vinn. hic. Harp. n. 5. Zoëſ. ff. quib. mod. uſusfruct. amitt. Mantic.*

de conjeƈt. ult. volunt. l. 8. *tit.* 14. *n.* 21.

17 Q. V. *Quid Juris, ſi Eccleſiæ, Civitati, Municipio, Univerſitati, vel Reſpublicæ uſusfructus relinquatur?* R. Talem uſumfructum centum annorum lapſu extingui, quia is finis vitæ longævi hominis eſt. *l.* 56. *ff. h. t. Harp. n.* 6. *Schneid. n.* 5. *Gomez. loc. cit. Bachov. ad Treutl. vol.* 1. *diſp.* 16. *th.* 15. *lit. A. Zoeſ. ff. loc. cit. n.* 6. Quod ſi civitatem ante 100. annorum revolutionem everti, aut (prout olim Carthagini a Romanis contigit) ſolo æquari eveniat, uſusfructus quaſi morte civitatis expirat. *l.* 21. *ff. quib. mod. uſusfr. amitt. dd. AA.*

II. *Expirat* uſusfructus *morte civili*, quam inducit *maxima*, & *media capitis diminutio*, ſi nimirum uſufructuarius *libertatem*, vel *civitatem* amittit *text. hic. & l. pen. §. fin. Cod. h. t.* Ratio, quia capite minuti pro mortuis habentur, *l.* 59. §. *ult. ff. de condit. & demonſt. Manz. n.* 3. *hic.*

Minima capitis diminutione, puta, *emancipatione*, *arrogatione*, tametſi olim uſusfructus ſublatus fuerit, *l.* 3. *ff. quib. mod. uſusfruct. amit.* hodie tamen non tollitur. *l. pen. Cod. h. t.* Quoniam manet civis Romanus, nec habetur pro mortuo. *Manz. n.* 4. *Vinn. hic. n.* 2. *Harp. n.* 10. *Schneid. n.* 5. *Brunnem. in d. l. pen. Zoeſ. ff. loc. cit. n.* 15.

18 Q. VI. *An pater monaſterium ingrediens amittat uſumfructum, quem habet in bonis adventitiis filiiſam.*

In utramque partem ventilata eſt celebris, & perquam utilis hæc *Controverſia*; enimvero

Sunt non infimæ notæ AA. qui *affirmativæ* ſuffragantur, quibus ſe aſſociat *Fach. l.* 6. *cap.* 12. & plures alii a *Gomez ad leg. Tauri* 48. *n.* 8. *allegati.*

Moventur I. (*inquiunt*) Pater in bonis adventitiis filiifam. habet uſumfructum, quia eundem habet in poteſtate patria; ergo ideo amittit uſumfructum, quia per ingreſſum Religionis tollitur patria poteſtas, pater enim tranſit in poteſtatem Abbatis, ut proinde alium in poteſtate ſua habere nequeat. *arg. prin. Inſt. quib. mod. Jus patr. poteſt. ſolv. & l.* 21. *ff. ad l. Jul. de adult.*

Moventur II. quia ingrediens monaſterium habetur pro mortuo; *l.* 56. *Cod. de Epiſcop. & Cler.* ergo uſusfructus extinguitur.

Moventur III. Si in poſito caſu monaſterium retineret uſumfructum, tunc retineret Jure ceſſionis; ſed uſusfructus cedi non poteſt; §. 3. *Inſt. hic.* ergo monaſterium non retinet uſumfructum.

Verum hæc *Argumenta* tanta non ſunt, ut me in ſui deditionem trahant. Placet mihi *Sententia contraria*, puta, quod pater uſumfructum non amittat, ſed ad monaſterium transferat. Ita mecum docent *Gomez in leg. Tauri.* 48. *n.* 8. *Harp. Inſt. hic. n.* 15. *Zoeſ. ff. de uſu & uſufruct. legato. Chlimenſp. Inſt. h. t. q.* 16. *Brunnem. in auth. ingreſſi. Cod. de SS. Eccleſ.*

Ratio hujus ſententiæ evidens eſt: quia pater, licet monachus factus, adhuc tamen naturaliter vivit, nec deſinit eſſe civis Romanus; ergo durat uſusfructus, & defertur monaſterio juxta *auth. ingreſſ. de SS. Eccl.* ubi ingreſſus monaſterium bonorum capax omnia, quæ habuit, monaſterio defert.

Con-

Confirmatur noſtra *Sententia* hoc validoargumento: ſi in caſu ſubjectæ quæſtionis uſusfructus amitteretur, & ad proprietatem tranſiret, eſſet hæc ratio, quia per ingreſſum Religionis ſolvitur patria poteſtas; ſed hæc ratio nihil probat, ergo uſusfructus non amittitur. *Men. ofend.* per *l. ult. Cod. de uſufructu.* ubi non obſtante, quod patria poteſtas per maximam, vel mediam capitis diminutionem, vel per emancipationem ſolvatur, uſusfructus tamen patri non interrumpitur; ergo (dato, non conceſſo) quod per ingreſſum Religionis ſolvatur patria poteſtas, male tamen, & perperam infertur, uſumfructum amitti.

Argumenta contraria nullo labore proſternuntur. I. Exinde ruit, quia negatur ſuppoſitum, per ingreſſum Religionis diſſociari patriam poteſtatem, præcipue quoniam hic rotatur Religionis favor; in favorabilibus autem per monachiſmum non ſolvi patriam poteſtatem, diximus *l. 1. tit. quib. mod. Jus patr. poteſt. ſolv. q.* 2. Deinde tranſeat, in noſtro caſu per ingreſſum monaſterii tolli patriam poteſtatem, nihil tamen hoc ad rhombum facit. *d. l. ult. Cod. de uſufruct.*

Ad II. ℞. ingreſſum in Religionem haberi pro mortuo in aliquibus, *v. g. actu teſtandi*, & in iis, quæ monaſterio odioſa ſunt; non vero in omnibus, prout ex *cit. l.* 56. luculenter patet, ubi diſerte ſancitur, quid retineat Jus ſuccedendi ab inteſtato &c.

Ad III. dico, *Neg. maj.* quia potius Jure identitatis retinet uſumfructum, eum pater, & monaſterium ſint quodammodo una, eademque perſona, prout pater, & filius una perſona in Jure noſtro eſſe dicuntur. *l. ult. Cod. de impub. & aliis ſubſtit.* Deinde quando nos dicimus, quod uſusfructus cedatur monaſterio, non intelligimus illam ceſſionem quoad Jus, hoc enim reſidet apud monachum factum, & per mortem ipſius expirat, *Gomez loc. cit.* ſed quoad commoditatem, prout eatenus uſusfructus recte ceditur, quemadmodum adhuc hoc in §. latius audiemus.

Dices: Si pater emancipat filium ſuum, tunc tantummodo dimidia pars uſusfructus manet apud patrem; ergo etiam hic, quoniam videtur quaſi emancipatio intervenire. *ant.* patet ex §. 2. *Inſt. per quas perſon. cuique acquir.* ℞. Id ſpeciale eſſe in emancipatione. Deinde *neg. & perneg.* in noſtro caſu intervenire emancipationem.

III. Amittitur uſusfructus, *non utendo re fructuaria*, quod tribus modis contingit. 19

I. Si omnino non utatur, & fruatur, *h. e.* nec ipſe, nec alius ejus nomine. *l. pen. Cod. h. t.* is enim non uti dicitur, qui nec per ſe, nec per alium utitur. *l.* 38. *ff. h. t.* unde, qui locat, vel vendit uſumfructum, puta, quoad *commoditatem*, is quoque uti, frui intelligitur. *d. l.* 38. & *l.* 39. *eod.*

II. Non uti intelligitur, ſi non utitur per modum, & tempus, a proprietario præſtitutum, puta, ſi ædibus utatur *æſtate*, quarum uſusfructus relictus eſt, ut *hyeme* illas inhabitaret *text. hic. & l.* 10. *ff. quib. mod. uſufr. amitt.* Ubi paria eſſe dicuntur, non uti, & non uti modo debito. *Mart. n.* 8. *Venn. n.* 2. *Harp. n.* 22.

III. Non

III. Non uti dicitur, ſi quis habens *uſumfructum*, tantum utatur, putans, tantum *uſum* ſe habere. *l. 20. ff. d. t. Schamb. hic. Franz. n. 32. Zoeſ. ff. d. t. n. 17.*

Q. VII. *Quanto tempore uſusfructus non utendo amittatur?* ℟. De Jure communi *decennio* inter præſentes, *vicennio* inter abſentes. *l. pen. Cod. de ſervitut.* ita *Glettle part. 2. ſelect. quaſt. 25. Bachov. ad Treutl. vol. 1. diſp. 16. th. 14. lit. H. Schmid. n. 7. Franz. loc. cit. n. 34.*

Nec tenetur proprietarius monere uſufructuarium, ut eo utatur, adeoque ei cum mala fide præſcribere poteſt, ſicut in ſervitutibus ruſticis contingit. *l. corruptionem 16. Cod. de uſufruct. Chlingenſp Inſt. hic quaſt. 16.*

Non *obſtat l. 16 § 1 Cod. h. t.* ubi tanto temporis ſpatio amitti dicitur uſusfructus, quanti temporis exceptio obſtat dominium vindicanti, quod tempus eſt trienni. *prin. Inſt. de uſucap.* ℟. enim *d. l. 16. §. 1.* loqui de re mobili, quoniam diſtinctio inter præſentes, & abſentes ad res mobiles præſcribendas non ſpectat, prout *tit. 6. hujus lib.* DEO dante audiemus.

De *Jure Auſtriaco* uſusfructus non videtur amitti, niſi 32. *annis*, prout *in tit. præced.* dictum eſt.

IV. Amittitur uſusfructus *rei mutatione*, v. g. ſi ædes in uſumfructum conceſſæ *incendio conſumptæ ſint*; vel ſi *ex agro ſtagnum, ex vinea pratum factum ſit. text. hic. & l. 5. §. 2. & 3. ff. quib. mod. uſusfruct. amitt.* Uſusfructus enim eſt Jus in corpore, quo ſublato, & ipſum tolli neceſſe eſt. *prin. h. t. & l. 2. ff. d. t. Franz. n. 29. Harp. n. 49.* ubi ſub *n. 52.* aſſerit, uſufructu quadrigæ legato, illum extingui, ſi unus ex equis deceſſerit, eo quod quadriga eſſe deſinat. *l. 10. §. ult. ff. d. t.*

Q. VIII. *An domo deſtructa, conſervetur uſusfructus in area?* Dixeris primo intuitu, quod ſic: I. Quia area eſt pars domus, ſi autem res fructuaria pro parte tantum pereat, tunc in parte reſidua manet uſusfructus. 20

II. Quia, non obſtante, quod domus pereat, pignus tamen manet in area; *l. 21. ff. de pignorat. act.* ergo etiam, non obſtante, quod domus pereat, uſusfructus tamen manebit in area.

Verum *negative* decidendum per *text. hic: & ne area quidem uſumfructum deberi* Idem habet *l. 5. §. 3. ff. quib. mod. uſusfr. amitt.* Ratio eſt, quia non areæ, ſed ædium uſusfructus ad inhabitandum cenſetur relictus. *Mern. n. 96. Harp. n. 56. Mynſing. n. 11.*

Ad I. ℟. Aream eſſe quidem partem domus, ſed non talem, in qua cenſeatur uſusfructus conſtitutus

Ad II. *Neg. parit.* Ratio *differentiæ* eſt, quod uſusfructus ſoleat conſtitui in re fructifera, qualis non eſt area. Contra, pignus etiam conſtitui poteſt ſuper re ſterili, & non fructifera.

Q. IX. *An reædificata domo, reviviſcat uſusfructus?* ℟. negative. Quia domus reædificata eſt alia domus, & uſusfructus ſemel extinctus non amplius reviviſcit. *d. l. 10. § 1. ff. d. t. Surdus conſil. 155. n. 5. Chlingenſperg q. 17. Vinn. n. 5. Harp. n. 51.*

Dices: Si domus collapſa reædificetur, reviviſcit ſervitus tigni immittendi, ſtil-

ſtillicidii, &c. *l.* 20 §. 2. *ff. de S. P. U.* ergo etiam uſusfructus. ℞. *conc. ant. neg. conſeq.* Diſparitas eſt: quia uſusfructus eſt legi invidioſus, adeoque ne proprietas ſemper inutilis exiſtat, facilius extinguntur ſervitutes perſonales, quam reales. *Harp.* §. 1. *Inſt. de ſervit. n.* 22.

V. Amittitur uſusfructus *ceſſione*, ſi nimirum uſufructuarius Jus ſuum domino proprietatis cedat. *text. hic. & in l.* 66 *ff. de Jure dot.* tunc enim proprietarius fit plenus dominus rei, atque adeo uſusfructus extinguitur, res enim propria nemini ſervit. *l.* 26. *ff. de S. P. U. Mont. n.* 11.

21 Q. X. *An uſusfructus poſſit extraneo, h. e. alii, quam domino proprietatis cedi, vendi, donari, locari, in dotem dari?* ℞. *Diſtinguendum* eſſe, an uſufructuarius velit tantum commoditatem, & lucrum cedere, an vero ipſum Jus perſonale? Si prius, poterit uſumfructum cedere, vendere, donare, &c qui enim per alium utitur, ipſe uti intelligitur *l.* 12. §. 2. *ff. h. t.* Si poſterius, ceſſio erit inutilis *text. hic.* nam cedendo extraneo, nihil agitur *l.* 66. *ff. de Jure dot.* Ratio eſt: quia uſusfructus eſt Jus perſonale, oſſibus fructuarii ita inhærens, ut inde avelli non poſſit. Unde ſua ſponte fluit, uſufructuarium cedendo uſumfructum facere non poſſe, ut cum morte ceſſionarii expiret. Vide *Zoëſ. h. t. n* 22. *Bachop. ad Treutl. loc. cit. th* 10. *lit. A. Hunn. ibid. Harp* §. 1. *Inſt. h. t. n.* 16. *Gomez var. reſol. tom.* 2. *cap.* 15. *n.* 17.

22 Q. XI. *An, ſi uſufructuarius extraneo uſumfructum, etiam quoad Jus perſonale ceſſerit, amittat uſumfructum?* ℞. Negative. *Zoëſ. loc. cit. n.* 26. *Harp. n.* 40. *hic. Weſenb. in parat. h. t. n.* 5. *Mont. n.* 12. *Franz. n.* 31. Diſſent. *Hunn. var. reſol. lib.* 2. *tract.* 2. *q.* 32. *Gomez loc. cit. n.* 17. *Covar. var. reſ. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 7.

Ego *primæ Sententiæ* lubens adſtipulor, tum ob *text.* §. 3. *hic.* ubi expreſſe dicitur, quod *cedendo uſumfructum extraneo, nihil agatur, h. e.* ceſſio nulla, & inutilis ſit, adeoque nihil operetur. Tum quia pœnæ privationis non habent locum, niſi in caſibus expreſſis *Nov.* 2. *c.* 3. Tum denique, quia non præſtat impedimentum, quod de Jure non ſortitur effectum, *c.* 52. *de R. J. in* 6. cum ergo talis ceſſio de Jure non ſubſiſtat, non poteſt præſtare impedimentum.

Obj. l. 66. *ff. de Jure dot.* ubi in hæc verba reſcribitur: Etſi *extraneo cedatur, nihil ad eum tranſire, ſed ad dominum proprietatis reverſurum.* ℞. Ly *reverſurum* non ita debere intelligi, ac ſi uſusfructus ſtatim ceſſione facta reverteretur ad proprietarium, ſed de tempore futuro, ſi videlicet uſusfructus per mortem, vel per aliam cauſam exſpiraverit.

Urges: ineptum eſt dicere, facta ceſſione extraneo, morte fructuarii ad proprietarium redire uſumfructum, hoc enim jam ante ſatis conſtat, ut id ex *d. l.* 66. primum erui non debeat. ℞. Quod ideo ad *textum d. l.* 66. reſpondeatur, morte demum fructuarii uſumfructum ad proprietarium redire, ut intelligatur, quod per ceſſionem extraneo factam nullum damnum proprietario inferatur. Alia ceruſſa *d. l.* 66 dealbat *Schamb. hic.*

VI. Exſpirat uſusfructus *conſolidatione*, ſi nimirum uſufructuarius rei fructuariæ proprietatem acquirat, tunc enim fit ejus plenus dominus, adeoque res propria nemini ſervit. *Mozz. n. 28.*

§. Fin.

Effectus uſusfructus finiti eſt, quod reveretur ad proprietatem, & ſic ex uſufructu formali fiat cauſalis. *text. hic & DD.*

TITULUS V.
De Uſu & Habitatione.

SUMMARIA.

1. *Quid ſit uſus?* 2. *Quomodo differat ab Uſufructu?* 3. *Uſuarius commoditatem alteri non poteſt cedere.* 4. *Limitatur, ſi uſus inutilis foret.* 5. *Qui uſum aedium habet, poteſt una cum conjuge, & liberis inhabitare.* 6. *Qui uſum pecoris habet, an lacte, lana, aut fœtu uti poſſit?* 7. *Quid ſit habitatio?* 8. *Quomodo ab uſu & ab uſufructu differat?*

Continuatio.

TRes eſſe ſpecies *Servitutis perſonalis*, dictum *ſupra*. Poſtquam *unam* illarum abſolvimus, nunc de *ſecunda & tertia* recta methodo agemus, puta, de *uſu & habitatione*.

Uſus nihil eſt aliud, quam *Jus utendi rebus alienis, ſalva rerum ſubſtantia*, ut 1
ita ab uſufructu non multum diſtet, prout in *ſequentibus* videbimus.

Ad Princip.

Q. hic: in quibus conveniat uſus cum uſufructu? Ad quod reſpoodert poteſt I. quod iiſdem modis conſtituatur uſus, quibus uſusfructus. II. Quod iiſdem etiam modis finiatur uſus, quibus & uſusfructus. III. Quod iiſdem quoque in rebus conſtituatur, tam in immobilibus, quam mobilibus. IV. Sicut uſusfructus in rebus immobilibus proprie, fungibilibus vero improprie conſtituitur, ita & uſus. V. Sicuti fructuarius cavere debet de utendo ſecundum arbitrium boni viri, & tantundem reſtituendo, ſi uſus rei, quæ uſu conſumitur, *i. e.* fungibilis, conſtitutus ſit. *Schneid. n. 3. & ſeqq.*

§. Minus. I.

2 Q. in hoc §. *in quo differant uſusfructus, & uſus?* R. *Imperator* in eo, quod minus Juris ſit in uſu, quam in uſufructu, ſive quod pinguius Jus habeat uſufru-

fructuarius, quam uſuarius; habens enim uſumfructum, habet quoque uſum; at, qui nudum uſum habet, Jus fruendi non habet. *l. 14. §. 1. ff. h. t.* Uſufructuarius igitur poteſt re uti, frui, ſpectantque ad eum omnes fructus, non tantum pro neceſſitate ſuæ perſonæ, & familiæ ſuæ, ſed etiam reliqui fructus efficiuntur ipſius, ita, ut eos vendere, & alienare poſſit pro libitu, nec tenetur ſuperfluos fructus domino proprietatis reſtituere. *l. 7. l. 9. ff. de uſufr.* Contra uſuarius tantum uti poteſt fructibus, non frui, *h. e.* non poteſt omnes fructus percipere, ſed tantum illos, quos habet pro ſua familia ad quotidianam neceſſitatem neceſſarios, reliquos domino proprietatis reſtituere tenetur. *text. hic.*

3 Deinde, qui uſumfructum habet, poteſt commoditatem, & utilitatem fructuum alteri locare, vendere, donare, &c. Uſuarius vero commoditatem, & utilitatem Juris ſui alteri cedere non poteſt *l. 11. ff. h. t.* Ratio, quia uſus tantum præſtat, quantum ad victus neceſſitatem ſufficit; ergo non poteſt a perſona ſeparari, quia ſubinde una perſona plus indiget altera, ut proinde in alia perſona alius uſus foret. *Manz. n. 7.*

4 *Limitatur*, ut procedat, niſi uſus omnino vanus, & inutilis foret, ſi commoditas non vendatur, aut alteri locetur; ſic enim, quod aliquis haberet uſum ſylvæ, quæ tam remota eſſet, ut tantundem pro vecturis impendi oporteret, quanti alias ligna emerentur, hoc in caſu licet uſuario cædere ligna, & vendere. Ratio, quia alias nihil utilitatis haberet ex uſu. *Manz. n. 10. & Schneid. n. 9. Harp. n. 7.*

§. Item is, 2.

5 Qui ædium uſum habet, ipſe quidem eas inhabitare, ad alium autem transferre earum uſum nullo modo poteſt. *text. hic.* & in *l. 8. ff. h. t.* admittitur tamen una & conjux, & liberi, & familia; *text. hic.* & in *l. 2. ff. h. t.* quia eorum, quorum difficilis ſeparatio, uſum habere licet. *Schamb. hic.* Hoſpitem recipere uſuario vix licet, *ait text. hic.* Ratio, quia perſonalia perſonam non egrediuntur. Dixi, *vix*, ex æquo enim, & bono, quaſi commiſerationis cauſa, receptum eſt, ut hoſpitem, vel inquilinum recipere liceat. *l. 2. ff. h. t. Manz. n. 5.*

Ad verſ. Et convenienter.

Q. *Quid ſi mulier uſum ædium habeat, poteritne cum ea habitare maritus?*

Videtur, quod *non*. Ratio dubitandi, quia uxor ſequitur virum, non contra; & dignius trahit ad ſe minus dignum, non contra.

Hoc tamen non obſtante, contrarium decidit *Imperator*, ratio: ne ei matrimonio carendum foret, cum uti vult domo. *l. 4. ff. h. t. Manz. n. 9.*

§. Item is. 3.

Qui uſum ſervi, vel jumenti habet, ipſe ſolus opera ejus uti poteſt, alteri concedi non poteſt. Quamvis nihil referat, utrum opera jumenti utatur in re ſua, an vero in opere alieno, quod expediendum conduxit. *l.* 16. §. *fin. & l. ſeq. ff. h. t. Schamb. hic.* Plane ſi alias uſus nulla eſſet utilitas, poterit & rei uſuariæ opera aliis concedi, ita enim ſemper interpretari debemus uſum, ut aliquid proſit. *l.* 20. *ff. h. t.* Fac ergo, quod uſum unius bovis habeas, poteris eum alteri commodare ad arandum, ut rurſus tibi commodet ſuum. *Schamb. hic.*

§. Sed etſi. 4.

6 Qui uſum pecoris habet, neque lacte, neque lana, nec fœtu uti poteſt. Ratio: quia hæc in fructu ſunt.

Dices: Quid ergo proderit et uſus pecoris? R. Quod ad ſtercorandum agrum iis uti poſſit. *text hic.* Plane licet noſter §. indiſtincte ſanciat, eum, qui uſum pecoris habet, neque lana, neque fœtu uti poſſe, *l.* 12. §. 2. *ff. h. t.* tamen modico lacte utendi uſuario licentiam tribuit, quantum ſcilicet ad neceſſitatem opus habet, ut proinde *textus hic* intelligendus ſit, quod non poſſit uti lacte, lana, &c. ad compendium, & voluntatem. *Schamb. hic.*

§. Sed ſi cui. 5.

7 Tractatur in hoc §. tertia ſpecies ſervitutis perſonalis, nimirum *habitatio*, quæ eſt *Jus habitandi in ædibus alienis, ſalva earum ſubſtantia.* Haud inepte additur hæc clauſula: *ſalva earum ſubſtantia*, quia habitator quoque ad inſtar fructuarii, & uſuarii cogitur ſatisdare, ſe uſurum domo boni viri arbitrio, ut eam deteriorem non reddat, ſarta tecta habeat, atque reficiat; habet enim habitatio magnam ſimilitudinem cum uſu, & uſufructu, quam deinde allegabo; prius tamen

Obſerva: commoditatem domus poſſe legari, vel conſtitui alteri tribus modis. I. Relinquendo uſumfructum domus, & tunc reſtringitur habitatio ad naturam uſusfructus. II. Relinquendo nudum uſum domus, & tunc reſtringitur ad naturam uſus, ut ſcilicet is, cui ſic legatus eſt uſus domus, eam alteri locare non poſſit. III. Relinquendo habitationem domus, & tunc, licet aliquid participet de uſu, & uſufructu, proprium tamen Jus, & ſeparatam naturam habet.

His præmiſſis, nunc declarandum, in quo *conveniant*, & *differant* hæ ſervitutes perſonales? ac I. quidem *convenit* habitatio cum uſufructu, & uſu ſimul, quod iiſdem modis conſtituatur inter vivos, & in ultima voluntate. II. Habitatio non tranſit ad hæredes, ſicut nec uſus, vel uſusfructus. III. Quoad cautionem de utendo arbitrio boni viri.

Differt antem ab utraque ſimul, quia 8
habitatio conſtituitur ſolummodo in
ædi-

ædibus, uſusfructus vero, & uſus tam in prædiis urbanis, quam ruſticis, mobilibus, & immobilibus conſtituuntur.

Iterum cum uſufructu ſingulariter convenit habitatio, quod commoditatem alteri locare poſſit. Differt autem ſingulariter ab uſufructu, quod uſusfructus morte civili, i. e. maxima, & media capitis diminutione, item non utendo extinguatur, habitatio vero maxima, & media capitis diminutione, & non utendo non amittitur, ratio: quia habitatio magis in facto, quam Jure conſiſtit, ea autem, quæ ſunt facti, capitis diminutione non pereunt. *Menz. n. 8.* Ratio, quare habitatio non utendo non amittatur, eſt, quia habitatio nulla intelligitur, niſi re ipſa & vere habitetur; unde, quod non eſt, *i. e.* non habitando non poteſt amitti. *Menz. n. 7.*

Cum uſu denique convenit habitatio, quod eaſdem perſonas recipere poſſit, quas uſuarius; ſed differt ab uſu, quod habitatio alteri locari poſſit, uſus non item *l. 12. ff. h. t. Schneid. hic.*

§. Hæc de ſervitutibus, finalis.

Hæc dixiſſe ſufficiat de rebus incorporalibus, ſervitutibus videlicet: hæreditates quidem, & obligationes etiam res incorporales ſunt, ſed de his commodius *infra.*

Nunc quia expoſitum eſt, quibus modis Jure gentium nobis acquiratur dominium, videndum, quibus modis Jure civili acquiratur.

TITULUS VI.

De Uſucapionibus, & longi temporis Præſcriptionibus.

SUMMARIA.

1. Caſus præſcriptionis. 2. Hodie omnis differentia inter uſucapionem, & præſcriptionem ſublata eſt. 3. Quando dicatur: Jus præſcriptum eſt? & quando: Juri præſcriptum eſt? 4. Quid ſit præſcriptio? 5. An tribuat directum dominium? 6. Redduntur rationes introductæ præſcriptionis. 7. Præſcriptio procedit in utroque foro. 8. Solvuntur objectiones. 9. I. requiſitum præſcriptionis abſolute bona fides. 10. Quando debeat adeſſe tam de Jure Civili, quam Canonico? 11. Ob favorem fidei etiam cum mala fide currit præſcriptio. 12. An mala fides, completa præſcriptione ſuperveniens, obliget ad reſtitutionem? 13. An præſcriptio currat cum dubio? 14. Quid ſit dubium practicum, & ſpeculativum? 15. An cum errore Juris currat præſcriptio? 16. Servitutes urbanæ ſine bona fide non præſcribuntur. 17. Secus ruſticæ. 18. Redditur ratio differentiæ. 19. Si obligatio tendit ad agendum, vel non agen-

agendum cum mala fide non currit præſcriptio. 20. *Secus, ſi tendit obligatio ad patiendum, vel permittendum.* 21. *II. Requiritur ad præſcriptionem titulus.* 22. *Quid ſit titulus?* 23. 24. 25. *Alius eſt coloratus, alius exiſtimatus, alius præſumptus.* 26. 27. 28. 29. 30. *Qualis titulus requiratur ad præſcriptionem?* 31. *III. Ad præſcriptionem requiritur poſſeſſio.* 32. *IV. Legitimum tempus.* 33. *Tempus breve quale ſit?* 34. *Item quodnam tempus dicatur longum?* 35. *Quales res præſcribantur longo tempore?* 36. *Quales longiſſimo?* 37. *Actio de dolo quando præſcriptione tollatur?* 38. *Quando exceptio non numeratæ pecuniæ?* 39. *Quando actio hypothecaria?* 40. *Res Eccleſiaſtica, Item monaſteriorum de Jure Auſtriaco non paſſunt præſcribi.* 41. *Quale ſit tempus immemoriale?* 42. *Tempore immemoriali quænam res præſcribantur?* 43. *V. Requiritur ad præſcriptionem res non vitioſa.* 44. *Res furtivæ & vi poſſeſſa non poſſunt præſcribi.* 45. *Res depoſita an poſſit præſcribi?* 46. *Quomodo poſſit res immobilis aliena ſine vitio ad alium pervenire?* 47. *Si res furtiva in poteſtatem domini reverſa fuerit, poteſt præſcribi.* 48. *Res fiſci quomodo præſcribantur?* 49. *An Jure luendi pignoris poſſit præſcribi?* 50. *An annuis redditibus?* 51. *Error falſæ cauſæ quando impediat præſcriptionem?* 52. 53. 54. *An, & quando bona fides proſit? vel mala fides noceat ſucceſſori?* 55. *Recenſentur privilegia fiſci.* 56. *Quando non procedat præſcriptio?* 57. *Quando dormiat?* 58. *Quando interrumpatur præſcriptio?* 59. *Quando reſcindatur?*

Continuatio.

Bifariam rerum dominia nobis acquiri, teſtis eſt § *Singulorum 11. Inſt. de. R. D.* Nimirum *Jure naturali & Jure civili.* Hucusque excuſſimus, quomodo Jure naturali: ſequitur quomodo Jure civili rerum dominia nobis acquirantur. Et hoc fit dupliciter, puta, *univerſaliter & particulariter.* Univerſaliter, quando aliquis univerſitatem bonorum, non rem aliquam ſingularem acquirit, talis acquirendi modus eſt *ſucceſſio in teſtamento, ab inteſtato, bonorum poſſeſſio, acquiſitio per arrogationem, & addictio bonorum. §. 6. Inſt. per quas perſonas cuique acquir.* Particulariter, quando aliquis rem ſingularem acquirit; talis acquirendi modus eſt *uſucapio, donatio, legatum, fideicommiſſum particulare &c.* de quibus omnibus ordine deinceps tractabimus.

Uſucapio itaque inter modos acquirendi particulares primum locum occupat, qua in materia prius varia in antecesſum præmittenda ſunt, quam ad explicationem *textus* deſcendamus. Pro pleniori autem ſubjectæ materiæ intellectu ponatur talis.

Caſus.

1 Titius mihi vendidit, vel ex alia cauſa tradidit, *v. g.* fundum quemdam, cujus non erat dominus; ego bona fide ab eo accepi, cum crederem, eum do-

dominum eſſe. En! hoc in caſu, certum eſt, & indubitatum, quod Titius per iſtam traditionem in me non transtulerit dominium, nemo enim dat, quod non habet; *l. 16. ff. de A. R. D.* Quid ergo Titius in me tranſtulit? poſſeſſionem tantum, & uſucapiendi conditionem, *h. e.* tranſtulit in me id Juris, ut, ſi poſſeſſionem per tempus a lege definitum continuavero, dominium fundi acquiram. *Manz. n. 3. & 4.*

Uſucapio ab *etymologia* nominis dicta, *quaſi capio*, ſive *acquiro per uſum*, alio nomine hodie vocatur *Præſcriptio*.

2 Dico *hodie*: olim enim inter uſucapionem, & præſcriptionem magna fuit differentia, prout videre poſſis, *Schamb. hic. V. obſerva. Zoeſ. ff. h. t. n. 2.* De Jure autem novo omnis differentia ab aula receſſit, ita ut vocabula præſcriptionis, & uſucapionis confundantur, iisque promiſcue utamur. *l. un. C. de uſucap. transformand.*

3 *Vrm. n. 2. hic. Manz. n. 26.* Illud tamen pro ſolidiori loquendi modo memoria vehementer dignum eſt, quod, ſi per præſcriptionem Jus alicujus extinctum, vel peremptum ſit, ſoleamus in dativo loqui, *v. g. obligationi, Juri, actioni, &c. præſcriptum eſt.* Si vero de acquiſitione ſermo ſit, utamur nominativo, vel accuſativo, *v. g. præſcripta eſt ſervitus*, vel *præſcripſi rem, Juriſdictionem, agrum, &c. P. Engel ad Jus Can. h. t. §. 1. n. 1.*

4 *Definitur* Uſucapio a *Modeſtino l. 3. ff. h. t.* quod ſit *adjectio dominii per continuationem poſſeſſionis temporis a lege definiti.*

5 Dicitur I. *Adjectio dominii*, intellige, non tantum utilis, verum etiam directi, ſive pleni, qui enim rem præſcripſit, tantum Juris habet, quantum verus dominus. *l. un. C. ſi adverſ. vend. l. 8. C. de præſcrip. 30. vel 40. annor.* ubi uſucapiendi pro re uſucapta datur rei vindicatio, quæ non competit, niſi domino. *l. 23. ff. de R. V. Zoeſ. ff. h. t. n. 3. Harp. n. 8. Hunn. lib. 2. var. reſol. tract. 3. q. 15. Fach. l. 1. cont. 70. Bachov. ad Treutl. vol. 2. diſp. 22. th. 7. lit. B. Perez ad C. de uſucap. pro empt. n. 2. Schamb. princ. hic.*

Non obſtat *l. 11. C. de præſcript. long. temp.* ubi præſcribenti tantum datur exceptio, ut proinde præſupponatur adhuc actio, quæ per exceptionem elidatur. R. enim, illam legem intelligendam eſſe de exceptione facti, non Juris, quæ actionem præſupponeret. Exceptionem Juris illam voco, quæ actionem præexiſtentem ſupponit, eamque elidit. Facti, quæ nullam actionem præexiſtentem ſupponit, adeoque, ſi ego a te aliquid peterem, ad quod nullam penitus habeo actionem, & tu excipiendo id negares, dicerem, quod exceptionem facti mihi oppoſueris. *Schamb. hic & pr. de except. Hunn. & Harp. loc. cit.* ubi plura contra noſtram *aſſertionem* argumenta reſolvit, quæ ob exiguam, qua pollent, utilitatem in medium nolui protuliſſe.

Dicitur II. *Per continuationem poſſeſſionis temporis a lege definiti*, requiritur enim ad præſcriptionem continua, & nunquam interrupta poſſeſſio, nec non legitimum tempus; de quibus & aliis requiſitis ſuo loco. Interea, cum Jura nihil ſine ratione agant.

Q. I. *Quare Jus civile præſcriptionem introduxerit?* ℞. *Ob triplicem cauſam* id contigiſſe, quas (velim) impenſe no-
6 tes. I. Eſt, ne rerum dominia in incerto verſarentur; *l. 1. ff. h. t.* conſtat enim alienationes, & permutationes inter homines eſſe frequentiſſimas. Jam, cum nemo factum alterius ſcite poſſit, num tradens dominus ſit, nec ne, & quandoque contingat, ut non dominus rem quamdam alteri vendat; ideo, ſi priori domino ſemper a poſſeſſore rem petere liceret, & non aliquando poſſeſſor efficeretur certus, fere nemo ſecure poſſideret, & ſic dominia rerum ſemper manerent in incerto. *Mynſing. n. 14. Schneid. n. 10. & Manz. n. 10.*

II. Ut importuna litium frequentia præcaveretur, & aliquando eſſet litium finis. *l. ult. ff. pro ſuo.* Quis enim non videt, atque intelligit, quantæ lites, rixæ, & diſcordiæ in Reipubl. communione exorirentur, niſi lex inveniſſet modum, & rationem, qua poſſeſſori ſuccurreretur adverſus petitorem? Sane ſemper alter alteri moveret controverſiam de rerum dominio, niſi lex fixiſſet metam temporis, poſt cujus lapſum litem movere prohibitum ſit.

III. Cauſa eſt, ut ſocordia civium, res, ac jura ſua negligentium, caſtigetur, & diligentia excitetur. *l. 2. C. de annal. præſcript. Zoeſ ff. h. t. n. 4. Manz. loc. cit. n. 4. Harp. n. 41. Könïg h. t. n. 48.*

Q. II. *Procedatne præſcriptio in foro tantum externo, an operetur etiam in foro animæ?* Communis DD. ſchola docet, præſcriptionem procedere in utroque foro. Ita *Leſſius lib. 2. de J. & J. c. 6. dubit. 17. n. 51. Layman. Theolog. Moral tit. 1. c. 8. n. 4. P. Sporer tract. 6. in Decalog. c. 1. ſect. 5. n. 192. Franz. n. 6. Inſtit. hic.* aliique innumeri.

Ratio hujus doctrinæ ſolida, & fundamentalis eſt, quia *Legiſlator* humanus ex virtute ſupremæ poteſtatis poteſt rem uni auferre, & transferre in alterum, ſi res exigat neceſſitas, & felicitas Reipubl. Enimvero omnis illa poteſtas agnoſcenda eſt in Legiſlatore humano, quæ moraliter eſt neceſſaria ad congruam, & tranquillam gubernationem Reipubl. cum DEUS, & natura non deficiant in neceſſariis; atqui per præſcriptionem uni auferri dominium, & alteri adjici, exigit neceſſitas, & felicitas Reipubl. prout patet ex alleg. tribus rationibus, propter quas præſcriptio introducta eſt; ergo, &c.

Oppon. I. Uſucapio repugnat æqui- 8
tati naturali, quia per illam aliquis locupletatur cum alterius jactura, atqui locupletari cum alterius jactura repugnat æquitati naturali; *l. 206. ff. de R. J.* ergo uſucapio repugnat æquitati naturali. ℞. *Diſting. min.* Locupletari cum alterius jactura repugnat æquitati naturali, ſi illa locupletatio fiat ſine juſta cauſa, *conc. min.* ſi fiat cum juſta cauſa, *neg. min.* & *conſeq.* Jactura, quam inducit præſcriptio, non eſt injuſta, ſed juſtiſſima, utpote cauſis ſubnixa juſtiſſimis. Deinde, licet forte præſcriptio, reſpectu privatæ utilitatis, videatur eſſe iniqua, æqua tamen ſit reſpectu utilitatis publicæ, quæ utique privatæ præferenda;

by Google

dã; nam quotieſcunque concurrunt duæ rationes naturales, illa prævalet, quæ fundamento majori nititur, prout *lib. 1. t. 2.* diximus; atqui publica utilitas, quam reſpicit uſucapio, *l. 1. ff. h. t.* utique majori nititur fundamento; ergo. *Kõnig ad Decret. h. t. n. 4.*

Oppon. II. Præſcriptio eſt impium præſidium; *Nov. 9.* ergo ſapit iniquitatem. ℞. *d. Nov. 9.* intelligendam eſſe de præſcriptione, quæ currit cum mala fide, prout ex illis verbis: *inhumanis hominibus*, patet. *Manz. n. 104. Harp. n. 52. Fram. n. 2.*

Oppon. III. Quod noſtrum eſt, ſine facto, & conſenſu noſtro in alium transferri non poteſt *l. 11. ff. de R. J.* ℞. *d. l. 11.* non procedere, ſi justa cauſa aliud ſuadeat, lex enim poteſt alicui adimere rei dominium, tametſi dominus non conſentiat; ſic propter delictum bona confiſcat, *l. 1. ff. de bon. damnat. Manz. n. 101.*

Viſo, quid ſit præſcriptio, ſequitur, quid ad illam requiratur. Nempe

Bona fides, juſtus titulus, res non vitioſa,
Ut res tradatur, tempus quoque continuetur.

9 I. Itaque ad præſcriptionem requiritur *bona fides*, quæ *definitur*, quod ſit *ſincera rei alienæ ignorantia. P. Engel § 3. h. t. n. 12.* Talem bonam fidem habere intelligitur, qui credit, eum, a quo rem accepit, fuiſſe dominum, vel habuiſſe Jus diſtrahendi, veluti habet tutor. *l. 109. ff. de V. S. L. 32 §. 1. ff. h. t. Manz. n. 31. Harp. n. 64. Perez Inſt. hic.* Vel (ut cum *Schneid* loquar) qui neſcit rem eſſe alienam, vitioſam, furtivam, vel NB a lege alienari prohibitam; qui enim contra Jura, & legis prohibitionem mercatur, vel contrahit, præſumitur eſſe in mala fide. *l. 7. C. de agric & cenſ. c. 82. de R. J. in 6.*

10 Q. III. *Quando debeat adeſſe bona fides?* ℞. Diſtinguendum eſſe inter Jus *Civile*, & *Canonicum*. De Jure Civili ſufficit, ab initio præſcriptionis bonam fidem adeſſe, adeoque, licet cœptæ uſucapioni ſuperveniat, curſum tamen præſcriptionis non ſiſtit § 12. *h. t. l. 10. ff. h. t. l. un. C. de uſucap. transfer.* Et hoc procedit in præſcriptione longi temporis, non vero longiſſimi; in hac enim Jus Civile ſimpliciter malam fidem admittit, ſive ab initio, ſive ex poſtfacto interveniat. *l. 3. & 4. C. de præſcript. 30. vel 40. ann.* Ratio, quia Jus Civile ſolummodo reſpexit ſocordiam civium, incertitudinem dominii, & importunam litium frequentiam, quæ incommoda ut evitaret, nulla facta reflexione ad bonam, vel malam fidem, abſolute ſtatuit, ut omnes res, Jura, & actiones 30. vel 40. annorum ſpatio extinguerentur. *Manz. n. 39. hic.*

Verum de hoc Jure Canonico longe aliter ſe res habet; hoc enim toto præſcriptionis tempore requirit bonam fidem, juxta regulam: *Poſſeſſor malæ fidei ullo tempore non præſcribit, r. 2. de R. J. in 6. quoniam omne, quod non eſt ex fide, peccatum eſt, & quidquid eſt contra conſcientiam, ædificat ad gehennam. c. 2. ℞. de reſtit. ſpoliat.* Concordat Jus Auſtriac. R. Oe. Lands

Tafel, *lib. 4. tit.* 129. Et quia hic agitur de materia peccati, omnino ſtandum eſt Juri Canonico, per theoriam univerſalem, quæ docet in cauſis ſpiritualibus, & concernentibus peccatum, diſpoſitionem Juris Canonici non ſolum in terris Eccleſiæ, ſed etiam Imperii ſervandam eſſe. *P. Engel Proœm. Jur. Can. n.* 19. *V. Quarta regula. Gail. lib. 2. obſ.* 141. *n.* 5. *König Proœm. de Jure Can. n.* 8. *Mynſing. cent. 4. obſ.* 18. *n.* 7.

11 *Dices*: Qui locum aliquem ad Catholicam unitatem convertit, etiamſi ſciat illum locum pertinere ad alium Epiſcopum, illum tamen locum triennio præſcribit; *c.* 1. ✠. *h. t.* ergo de Jure Canonico præſcriptio currit cum mala fide. R. *d. c.* eſſe ſpeciale ob favorem fidei, & ut ita Catholici Epiſcopi alliciantur, & invitentur ad converſionem populi a ſchiſmate Donatiſtarum. *Gonzalez in d. c.* 1. *n.* 3. *Prek. in d. c.* 2. *de R. J. in* 6. *n.* 16. pulchre *Pirhing. ad Jus Can. h. t. ſect.* 11. §. 3. *n.* 98.

12 Q. IV. *An præſcriptione bona fide completa, ſi is, qui præſcripſit, rem eſſe alienam cognoverit, teneatur in foro conſcientiæ rem domino ſuo reſtituere? Dixeris*, quod *ſic* I. quia actus vitiatur, ſi ad eum ſtatum reducatur, a quo inchoare non poteſt; ſic teſtamentum, a libero homine conditum, rumpitur, ſi teſtator ſervus efficiatur, *arg. l.* 98. *ff. de V. O. & l.* 3. *ff. de his, quæ pro non ſcript. habent.* ergo etiam præſcriptio non procedit in caſu prædicto, cum devolvatur ad ſtatum malæ fidei, unde non poteſt inchoari.

II. Quia ceſſante cauſa, ceſſat effectus; *c.* 60. ✠. *de appellat. c.* 8. ✠. *de conſang. & affinit.* ergo ceſſante bona fide, utpote cauſa, ceſſabit ejus effectus, *i. e.* præſcriptio.

III. Quia bonæ fidei poſſeſſor poſt ſubortam malam fidem fructus non facit ſuos, *l.* 48. §. 1. *ff. de A. R. D.* ergo etiam poſſeſſor bonæ fidei poſt ſupervenientem malam fidem non præſcribit.

Verum his dubitandi rationibus in contrarium nihil remorantibus *negative* ſtandum eſt, quam ſua authoritate muniunt. *P. Engel ad Jus Can. n.* 4. *h. t. Pirhing. ad Jus Can. ſect.* 1. §. 1. *h. t. n.* 6. *Fach. l.* 2. *cont.* 64. *Harp. n.* 91. *prin. Inſt. h. t. Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *diſput.* 21. *th.* 6. *lit.* C. *P. Sporer tract.* 6. *in Decalog. c.* 1. *ſect.* 5. *n.* 102. *Cov. ad c. poſſeſſor. de R. J. in* 6. *p.* 3. §. 2. *n.* 1. *Laymann. Theolog. Moral. l.* 3. *tract.* 1. *c.* 8. *n.* 4. *Zoëſ. ff. h. t. n.* 60.

Probatur hæc *Sententia* evidenti ratione, quia poſt præſcriptionem non datur amplius mala fides, quæ eſt rei alienæ ſcientia, enim vero poſt præſcriptionem completam res non eſt amplius aliena, cum facta ſit præſcribentis, cui lex plenum dominium adjecit; *l.* 8. *C. de præſcript.* 30. *vel* 40. *ann. l.* 3. *ff. de uſucap.* ergo ſi præſcribens teneretur rem reſtituere, teneretur rem ſuam reſtituere.

Ad I. R. cit. regulam procedere tunc demum, ſi actus conſummationem ſuam nondum eſt conſecutus; ſecus impedimentum ſuperveniens non vitiat actum; *arg. l.* 140 §. *Etſi placeat. ff. de V. O.* Idque patet ex impedimento dirimenti, quod poſt contractum matrimonium ſuperveniens non nocet, ne-

neque vitiat matrimonium. *Vide tit.* 10. *de napt.* Unde non mirum, quod teſtamentum a libero conditum rumpatur, ſi teſtator ſervus effectus fuerit, quia conſummationem ſuam nondum eſt ſortitum, utpote, quod demum per mortem confirmatur.

Ad II. Eodem modo datur ſolutio ceſſante nimirum cauſa, ceſſare effectum, ſi effectus nondum ſit conſummatus, & perfectus; ſic licet aliquis contrahendi incapax fiat, forte, quia declaratur prodigus, contractus tamen, tempore capacitatis initi, valide ſubſiſtunt.

III. Plane omni probationis mole caret; bonæ enim fidei poſſeſſor tunc demum fructus reſtituere tenetur in caſu, quo mala fides ſuboritur, ſi eosdem triennio nondum præſcripſerit, quod nihil probat contra nos. *Hunnius var. reſol. lib.* 2. *tract.* 3. *c.* 8.

Amplitatur noſtra *Sententia* in tantum, ut is, qui rem legitime præſcripſit, eam tanquam indebite datam repetere, & ut ſuam vindicare poſſit, ſi forte illam ex errore Juris reſtituerit priſtino domino, ratus, adhuc eſſe alienam, & reſtitutioni obnoxiam; tametſi enim ignorantia Juris non excuſet, cum agitur de acquirendo, excuſat tamen, cum agitur de amittendo rem jam acquiſitam. *l.* 7. *ff. de Jur. & fact. ignor. P. Sporer loc. cit. n.* 192. *Pirbing. de lo.*

13 Q. V. *An præſcriptio currat cum dubio?* R. cum *diſtinctione* inter dubium

14 *practicum & ſpeculativum.* Practicum voco, quando quis in ſpecie, & particulari de rei dominio dubitat, & an eam rem ſalva conſcientia retinere poſſit? Speculativum appello, quando quis quidem rem juſte, & licite ſe retinere credit, dubitat tamen, an tradens dominus fuerit? *P. Engel lo. cit. n.* 14. *a Someting. Inſt. h. t. n.* 8. *His præmiſſis* ſequitur

Aſſertio I. Cum dubio practico præſcriptio neque poteſt inchoari, neque cœpta continuari *König in Jus Can. h. t. n.* 38. Ratio: quia taliter præſcribens exponit ſe periculo peccandi, eo ipſo enim, ſi rem retinet, quam putat, ſe retinere non poſſe, peccat; nam, qui dubitat, an ſit peccatum, & id, de quo dubitat, tamen committit, utique peccat. Pulchre *P. Sporer tract.* 1. *in Decalog. c.* 1 *ſect.* 4. *Aſſert.* II §. 1 *n.* 69 atqui cum peccato non procedit præſcriptio *c. fin.* X. *h. t. Pirbing. loc. cit. ſect.* 2. §. 4. *n.* 55. Ergo &c.

Accedit *l.* 32. § 1. *ff. h. t.* ubi in hæc verba reſcribitur *Si quis id, quod poſſidet, non putat ſibi per leges licere uſucapere, dicendum eſt, etiam ſi erret, non procedere tamen ejus uſucapionem.* Diſſent. *Glettle Aſſert. Jurid.* 74. *Molina de J. & J. diſp.* 63. *n.* 11. *P. Engel h. t. n.* 14. *Pirbing loc. cit. n.* 56. *Peck. in c.* 2. *de R. J. in* 6. Qui omnes concordi ſuffragio in eam condeſcendunt ſententiam, quod dubium practicum præſcriptioni rite cœptæ ſupervenieus non impediat curſum ejus; ex ratione, quia *c. fin.* X *h. t.* tantum illos excludit a præſcribendo, qui conſcientiam rei alienæ habent, adeoque, qui ſunt in poſitiva mala fide conſtituti, qualis non eſt, qui practice dubitat.

Verum hæc *ſententia* nimium probat; ergo nihil; probat enim cum dubio practico etiam poſſe inchoari præ-

præſcriptionem, quod a tenera conſcientia vehementer alienum.

Aſſertio II. Cum dubio mere ſpeculativo præſcriptio non tantum recte currit, ſed etiam inchoatur. Ita *P. Engel, & cæteri paulo ante allegati.*

Ratio primi membri eſt, quia hoc dubium cuilibet bonæ fidei poſſeſſori ſuboriri poteſt, adeoque in pari cauſa melior eſt conditio poſſidentis. *c. 65. de R. J. in 6.*

Ratio ſecundi membri fundamentalis eſt hæc, quia alias vix unquam procederet præſcriptio; nemo enim infallibiliter ſcire poteſt rei dominium tradentis eſſe.

Deinde inepte exigerentur cautiones de evictione, ſi nulla foret ambigendi ratio, an tradens rei traditæ dominus fuerit, nec ne?

25 Q. VI. *An cum errore Juris currat præſcriptio?* v. g. an, ſi quis rem emit a Prælato ſine conſenſu Capituli, ratus talem conſenſum non requiri, vel an, ſi quis emit rem immobilem a tutore ſine decreto Prætoris, ratus illud non deſiderari, an (inquam) talis poſſit præſcribere? ſequitur

Aſſertio I. Certum eſt, & apud omnes fere indubitatum, errorem Juris clari, & notorii impedire præſcriptionem longi temporis. Ita *Mont.* §. 11. *n. 12. h. t. Harp. pr. Inſt. h. t. n.* 85. *P. König ad Jus Can. h. t. n.* 36. *Panormitan. in c. dudum. de decimis, & in c. de quarta n. 12. h. t. Pirhing. ad Jus Can. ſect.* 2. §. 5. *n.* 61. *h. t. P. Engel loc. cit. n.* 15.

Probatur ex variis Juris textibus. I. ex *l. 4. ff. de Jur. & fact. ignorant.* his verbis: *Juris ignorantiam in uſucapione negatur prodeſſe.* II. Ex *l. 6. ff. eod. Juris ignorantia non prodeſt acquirere volentibus.* III. Ex *l. 31. ff. de uſucap. nunquam in uſucapionibus Juris error poſſeſſori prodeſt.*

Dices: Qui habet bonam fidem, præſcribit; ſed errans in Jure habet bonam fidem, ergo præſcribit. R. tametſi errans in Jure habeat bonam fidem *Theologicam*, non tamen habet bonam fidem *Juridicam, h. e.* talem, qualem Jura deſiderant, *h. e.* ab errore Juris immunem.

Aſſertio II. Error Juris, quem ſcienter committit, *h. e.* ſi quis ſciat leges, & Jura, in fraudem tamen eorum ſcienter aliquid mercatur, impedit præſcriptionem etiam longiſſimi temporis, puta 30. vel 40 annorum. Ita tenet *Hunn. ad Trentl. vol. 2. diſp. 22 quæſt.* 43. Probatur per *l. 7. C. de agricol. & cenſitis* his verbis: *Malæ fidei poſſeſſorem eſſe, qui contra Jura mercatur, nullus ambigit.*

Item per *c. 82. de R. J. in 6. Qui contra Jus mercatur, bonam fidem non habet;* atqui malæ fidei poſſeſſor, & qui bonam fidem non habet, ullo tempore non præſcribit, *c. 2. de R. J. in 6.* ergo. Vide *Peck. ad d. c.* 82.

Aſſertio III. Error Juris, quem quis ex ignorantia incurrit, forte, quia hoſpes in Jure eſt, & non intelligit, quod in alienatione rei Eccleſiaſticæ de forma conſenſus Capituli requiratur, non impedit præſcriptionem longiſſimi temporis. Ita *Pirhing. loc. cit. n.* 62. V. *Limitant Covar. in c. 2. de R. J. in 6. p.* 2. § *7. n. 5. König n. 27. h. t.* Diſſent. *P. Engel n. 15. Fachin. lib.* 8. *c.* 28.

Mihi prior opinio videtur magis con-

conſona rationi, quia in præſcriptione longiſſimi temporis non requiritur titulus, nec de Jure civili mala fides nocet. *l. 8. C. de præſcript.* 30 *vel* 40. *annor.* De Jure vero Canonico tantum ea mala fides excluditur, quæ peccatum, & malitiam inducit; non eſt autem peccatum, aut malitia, ignorare Jura.

Ex hactenus deductis *colligere* fas eſt, ad omnem præſcriptionem requiri 1. bonam fidem, quæ in dubio ſemper præſumitur; quilibet enim præſumitur bonus, donec probetur malus. *c. fin. ✠ de præſumpt. Harp. n. 6. Alciat. de præſumpt. regul. 3. præſumpt. 5. Covarru. loc. cit. §. 2. n. 2. Maſcard. vol. 1. concluſ. 224. Schmid. n. 21. & ſeqq. hic.*

Ampliatur, ſive titulo munitus ſit, nec ne. *Covar. loc. cit. Vaſquius controv. Illuſt. lib. 2. c. 70. n. 2. Maſcard. loc. cit. n.* 3. Diſſ. *Fach. lib. 8. cont.* 32.

Q. VII. *An etiam in ſervitutibus præſcribendis requiratur bona fides?* Pulchre, & more ſuo ſolide hanc utilem, a plurimis tamen intactam quæſtionem reſolvit *P. Engel ad Jus Can. h. t. n.* 18.

Ego, ut breviter me expediam, *diſtinguo*, inter ſervitutes urbanas, & ſervitutes ruſticas.

26 In ſervitutibus urbanis requiritur bona fides, qua quis credit, ſe poſſe Juri ſuo eum actum exercere, per quem uſucapiendi conditionem ac-
27 quirat. In ſervitutibus vero ruſticis bona fides non deſideratur, ſed ſufficit, quod is, cui debentur, eis non utatur. *l. 4. §. ſi viam. ff. de uſucap. & l. hac autem. ff. de S. P. U.* Unde ſequitur, quod licet ego ſciam, tibi in fundo meo competere Jus eundi, agendi, aquas ducendi, in caſu tamen, quo Jure eundi, agendi, aquas ducendi &c. non uteris, ego contra te præſcribam, nec tenear te monere, ut Jure tuo utaris, quoniam tantum pati teneor, ſi utaris. Ita *P. Sporer tract. 6. in Decalog. c. 1. ſect. 5. n. 211. Molina de J. & J. tract. 2. diſcurſ. 66. n. 5. Leſſ. lib. 2. de Juſt. c. 6. dubit. 6. n. 21. P. Engel. loc. cit.*

Sed *cur*? quæ eſt ratio differentiæ, quod in præſcribendis ſervitutibus urbanis requiratur bona fides, non vero in ruſticis? Res eſt ſubtilis, non tamen excedens captum. Intende ingenium tuum, & capeſſe! Hæc eſt ratio differentiæ, quia ſervitutes ruſticæ ſolo non uſu amittuntur; *l. 10. §. 1. l. 19. l. 20. ff. quib. mod. ſervit. amitt. l. ſequitur. 4. §. 27 ff. de uſucap.* Servitutes vero urbanæ ſolo non uſu non amittuntur, ſed requiritur aliquod factum, quod ſit argumentum interruptæ patientiæ. *l. 6. ff. de S. P. U. l. 18. § 2. ff. quib. mod. ſerv. amitt.* 18

Unde, licet tignum, ſenio collapſum, per decem annos exemptum manſerit, niſi tamen dominus prædii ſervientis foramen obſtruxerit, ac definito tempore ita obſtructum habuerit, ſervituti tigni immittendi non præſcribit. *dd. LL.* Cur tam varie? quia poſſeſſio ſervitutum ruſticarum ſuſtinetur uſu earum, & exercitio, quo uſu omiſſo deperditur, quia nihil ſuccurrit, quod animum retinendæ ſervitutis oſtendat. Aliud eſt in ſervitutibus urbanis, hæ enim ſemel conſtitutæ, non indigent ulteriori facto, & exercitio, adeoque poſſeſſio earum

non ſtat in uſu, & exercitio, ſed in ſo-
la patientia domini. Hinc, niſi fa-
ctum, puta, in ſervitute tigni immit-
tendi obſtructio foraminis, interve-
niat, quod ſit argumentum interru-
ptæ patientiæ, poſſeſſio illarum non
deperditur. Jam, ſi ego ſciam, tibi
competere ſervitutem tigni immit-
tendi, & ego foramen obſtruam, at-
que ita impediam, ne aliud immitta-
tur, pecco contra juſtitiam, quia fa-
cio aliquid, quo læditur Jus tuum.
Secus eſt in ſervitutibus ruſticis, in
quibus nihil teneor facere, quam pati,
ut his utaris: ſin in uſu ceſſes, tibi ha-
bes, quod eatum amiſſionem impu-
tes. Vide *AA. ſupra* citatos, & præ-
cipue *P. Engel*, *&* *P. Sporer*, qui ſoli-
de diſtinguunt, an obligatio quædam
ex ſua natura tendat ad agendum, vel
19 non agendum; an vero ad patien-
dum, vel permittendum? ſi prius,
forte, quia ex mutuo, ex empto, vel
ex alia conventione tibi centum de-
beo; vel, quia obligor, ad altius non
tollendas ædes, feneſtras non ape-
riendas, non officiendum luminibus,
non datur præſcriptio contra talem
obligationem; quoniam ſcientia Juris
alieni adeſt. Unde licet a me per 30.
annos non petas mutuos centum, quos
mihi dediſti, ego tamen, ſi ſciam, quod
tibi illos debeam, contra te non præ-
ſcribo. Ita quoque docet *Mynſing.*
cent. 4. obſ. 6. Gail. 1. obſ. 18. n. 7.
Layman. Theolog. Moral. lib. 3. tract. 1.
c. 8. n. 12. Diſſent. *Panormit. in c.*
fin. h. t. n. 18. & 21. Vaſq. controv.
illuſt. lib. 2. c. 76. n. 3.
20 Si poſterius, obligatio per præſcri-
ptionem extinguitur, etiamſi ſcien-
tiam Juris alieni habeam: ſic præſcri-
bo ſervituti itineris, ſi ea 10. vel 20.
annis, de *Jure Auſtriaco* (ut *ſupra* di-
ctum) 32. annis non utaris, etiamſi
ſcientiam Juris tui habeam, teneor
enim tantummodo ad patiendum.

II. Ad præſcriptionem requiritur 21
Titulus, qui eſt cauſa ex ſe habilis ad
transferendum dominium, veluti *em-
ptio, donatio, permutatio, legatum, &c.*
Unde patet, quo ſenſu hoc loco ac-
cipiatur titulus, nimirum pro cauſa
poſſeſſionis, ut interrogatus, cur ali-
quid, & quomodo poſſideat? cau-
ſam, ſive titulum poſſeſſionis proferre
valeat, atque dicere: quia id emi,
quia Titius mihi donavit, vel legavit.
Harp. princ. h. t. n. 101.

Dicitur Titulus *cauſa habilis ad tranſ-* 22
ferendum dominium. Unde alii titu-
li, qui ex natura ſua non tendunt ad
translationem dominii, ſicuti *pignus,
commodatum, depoſitum, locatio, condu-
ctio, &c.* ad uſucapionem inhabiles
ſunt. *P. Engel* §. 4. *h. t. n. 22. Pirhing.
h. t. ſect. 1. §. 1. n. 11.*

Dividitur Titulus in *verum, & non
verum.* Titulus verus eſt, vi cujus de-
facto transfertur dominium, nec opus
eſt uſucapione; talem *v. g.* habet, qui
rem ex cauſa translativa dominii, pu-
ta *emptionis, donationis,* accepit a vero
domino.

Titulus non verus triplex eſt, *colo-* 23
*ratus, exiſtimatus, & præſumptus. Co-
loratus* eſt, qui ſpeciem veri tituli præ-
ſefert, vim tamen, ac poteſtatem ejus
non obtinet; talem habet, qui rem a
non domino, quem dominum tamen
credidit, accepit. *Exiſtimatus*, ſeu 24
putativus eſt, quando quis putat, ti-
tulum

tulum præceſſiſſe, cum non præceſſerit; talem habet, qui putat, rem ſibi donatam, vel legatam eſſe, quæ tamen nec donata, nec legata fuit, ſed ven-
25 dita. *Præſumptus* titulus eſt, quem Jura præſumunt intervenisse, licet in rei veritate non intervenerit. Jam ſequitur

Aſſertio I. Ad omnem præſcriptionem requitur titulus, *text. hic. l. 27. ff. de uſucap. & uſurpat. l. 24. Cod. de R. V. l. 4. Cod. de præſcript. long. temp. Manz. n. 46. hic. Schneid. n. 32. Harp. n. 99. Pirhing. ad Jus Canon. h. t. §. 1. ſ. 3. n. 81.* Ratio eſt, quia poſſeſſionem ſine vitio acquiſitam eſſe oportet, quod fieri non poteſt, niſi quis prudenter opinari poſſit, rem eſſe ſuam, aut ſe habere juſtam poſſidendi cauſam.

26 *Aſſertio II.* Titulus verus non requiritur, ſed impedit præſcriptionem; quia verum, & abſolutum dominium transfert, ut uſucapione amplius opus non ſit, quod enim ſemel meum eſt, amplius meum fieri non poteſt. *l. 14. §. 2. ff. de except. rei jud. c. 6. hic. de fide inſtrum. Schneid. n. 34.*

27 *Aſſertio III.* Ad præſcriptionem ordinariam, puta, triennalem, decennalem inter præſentes, vicennalem inter abſentes, requiritur titulus coloratus, quem ille habet, qui rem a non domino bona fide emit. *dd. ll. & ratione in Aſſert. 1.*

28 *Aſſertio IV.* Ad præſcriptionem rerum incorporalium, v. g. ſervitutum, non requiritur titulus coloratus, ſed ſufficit præſumptus. *l. 10. ff. ſi ſervit. vind.* his verbis: *Si quis diuturno uſu, & longa quaſi poſſeſſione Jus aquæ ducendæ nactus ſit, non eſt ei neceſſe docere de Jure, quo aqua conſtituta eſt.* Ratio, quia uſus unius, & patientia alterius vices tituli ſupplent. *Schneid. n. 45. & 46. Franz. Inſt. de ſervit. §. 7. n. 17. Capolla de ſervit. c. 20. n. 8. Bachov. ad Treutl. vol. 1. diſp. 17. th. 9. lit. B Glett. p. 2. ſelect. q. 28. n. 5.*

Aſſertio V. Titulus exiſtimatus, ſive 29 putativus non ſufficit ad præſcriptionem longi temporis. *§. error. 11. infra h. t.* Ubi latius hac de re.

Aſſertio VI. Ad præſcriptionem longiſſimi temporis, *h. e. 30. vel 40.* annorum, non requiritur titulus coloratus, neque putativus, ſed ſufficit præſumptus. *l. 3. & l. 4. Cod. de præſcript. 30. vel 40. ann.* Ratio, quia lapſus tanti temporis loco tituli habetur. *Harp. n. 103. Schneid. n. 42. Manz. n. 57.*

Limitatur, ſi Jus commune reſiſtat 30 præſcribere volenti; tum enim etiam in præſcriptione longiſſimi temporis allegari, & probari debet titulus, vel poſſeſſio immemorialis temporis. *text. hic. c. 1. h. t. n. 6.* ubi ponitur caſus de Prælato, qui allegat ſe præſcripſiſſe decimas in Parochia alterius Eccleſiæ, & dicitur, non ſufficere, quod Prælatus alleget bonam fidem, ſed debeat probare titulum; vel, quod illas decimas ab immemoriali tempore perceperit, nam diſpoſitio, & præſumptio Juris eſt, decimas pertinere ad illam parochiam, intra cujus limites prædia conſiſtunt. *Schneid. n. 42. Engel n. 30. König n. 34. Pirhing. n. 85. & n. 86. loc. cit.*

De *Jure Auſtriaco* titulus ad præſcriptionem dumtaxat triennalem requiritur, res enim immobiles, & incorporales, veluti ſervitutes, & actiones curſu

demum 32. annorum præſcribuntur, ita, ut tempore prædicto evoluto, abſolvatur præſcriptio, etiam ſine titulo. *N. Oe.* Land-Tafel, *lib. 4. tit. 129. & tit. 30.* Alſo, und dergeſtalten, da ſolches Guth hernach anſpruchig gemacht, und der Innhaber, oder ſeine Erben ſeine alt-habende Poſſeſſion mit keinem Titul beſcheinen kunte, ſo mag er ſich dennoch ſeines erſeſſenen Eigenthums betragen. Confer Lands-Ordnung *lib. 2. tit. 21. §. 10. ſeqq.* Item neue Satz- und Ordn. *de Jurib. incorp. tit. 16.*

31 III. Ad præſcriptionem requiritur *poſſeſſio* juxta regulam: *uſucapio ſine poſſeſſione non proc dit. c. 3. de R. J. in 6.* Debet autem poſſeſſio eſſe civilis, *h. e.* detentio rei cum opinione, & animo domini. Unde naturalis poſſeſſio, ſive rei detentio, citra animum, & affectionem domini ad præſcriptionem non ſufficit. *l. 13. §. 1. ff. de publ. in rem act. l. 13. ff. de uſucap. & uſurp.* enim vero præſcriptio eſt modus dominium acquirendi, quod non acquiritur ſine animo, & voluntate acquirentis *l. 15. ff. de O & A.* Sic *creditor pignus, uſufructuarius rem fructuariam, vaſallus rem feudalem, Emphyteuta rem emphyteuticam, depoſitarius rem depoſitam, commodatarius rem commodatam &c.* etiamſi res illas centum, & pluribus annis poſſideant, præſcribere tamen non poſſunt, quoniam non habent animum, & affectionem domini. *Hunn. ad Treutl. vol. 2. diſp. 22. th. 1. q. 1. Pirhing. ad Jus Canon. h. t. ſect. 2. § 1. n 38 & ſeqq. Harp. n. 285. König h. t. n. 36. Zoeſ. ff. h. t n. 45.*

32 IV. Requiritur ad præſcriptionem *legitimum tempus*, quod pro diverſitate rerum, & cauſarum varium eſt. Aliud enim eſt *tempus breve*, aliud *longum*, aliud *longiſſimum*, aliud *immemoriale*.

33 *Breve* appellatur, quod eſt infra, vel ſupra triennium, minus tamen decennio. Hoc modo triennio præſcribuntur res mobiles, *text. hic & l. un. Cod. de uſucap. transform.* Nec refert de jure communi, ad Eccleſiam, ſive ad privatos pertineant. *Auth. quas actiones. Cod. de SS. Eccleſ. Covarruv. in c. 1. de R. J. in 6. p. 2. §. 2. n. 5. Layman. lib. 3. tract. 1. c. 8. num. 13. P. Engel ad Jus Canon. h. t. n. 28.* Concordat *Jus Auſtr.* quoad res privatorum, teſte *Walter de Jure conſuet. lib. 4. tit. 127.*

Hoc quoque revocare poſſis triennale illã, & 18 hebdomadarum præſcriptionem, quæ in *Auſtria* ex *Conſtitutione Ferdinandi II.* inducta eſt. Wann ſich mit denen Land-Güthern, ſie ſeyen Lehen, oder Freyeigen, auch mit Frey-Häuſern, Höfen, Mühlen, und dergleichen, ex quocunque capite Veränderung begeben, ſollen ſolche zu Abſtellung deren, hiebey verſirenden Ungelegenheiten (zum Fall es anderſt der Kauffer, oder Intereſſirte alſo begehren, und deſswegen bey ihrer Inſtanz einkommen, welches einem jedem, ſowohl denen, welche hievor Güther durch Kauf, oder in andere Weeg an ſich gebracht, oder künftig an ſich bringen möchten, frey gelaſſen wird) per Edicta publica jedesmal notificiret, auch all- und jeden, ſo etwann in petitorio, vel poſſeſſorio, aut alio quovis titulo bey ſolchen Güthern intereſſiret, und darzu Spruch zu haben vermeineten, auferlegt werden, daſs ſie ſich nach angeſchlagenen

ob-

Digitized by Google

ob-verſtandenen Edict, inner drey Jah-ren, und 18. Wochen peremptorie mit ihren liquidirten Anforderungen mel-den, und dieſelbe der Ordnung nach produciren; im widrigen, da ſolches inner dieſen præfigirten Terminen nicht beſchehen ſolte, ſie weiter nicht ge-höret, ſondern ihre Prætenſionen gänz-lich verlohren haben; doch dergleichen Edicta denen Lehens-Herren an ihren Lehens-Gerechtigkeiten, denen unver-jährhabten Pupillen, item denen, ſo ex juſta, & neceſſaria cauſa, abweſend ſind, inſonderheit auch denen Geiſt-lichen allerdings an ihren Sprüchen unpræjudicirlich, und dann diejenige, welche durch Gerichtliche Urlaub, und Einantwortung ein Guth in Poſſeß bekommen, und an ſich gebracht, um ihrer mehrer er Sicherheit dergleichen Edicta zu begehren nicht verbunden: ſondern, nach Verſtreichung deren drey Jahren, und 18. Wochen, niemand, wer der auch ſey, (auſſer denen obbe-meldten Partheyen) ferner Red und Antwort zu geben ſchuldig ſeyn ſollen. Generale Ferdin. II. de An. 1635. 17. Aug.

Pariter de *Jure Auſtriaco* per revo-lutionem unius anni præſcriptione ex-tinguitur actio injuriarum, und eine widerrechtliche Gewalts-Klage. *Sutting. c. 13. n. 5.*

Longum tempus ſunt 10. anni inter præſentes, & 20. inter abſentes, quo tempore de Jure civili cum titulo præ-ſcribuntur res immobiles. *text. hic. & l. un. Cod. de uſucap. transform. l. Cod. de præſcript. long. temp.* Di-cuntur autem præſentes, qui in ea-dem provincia habitant, abſentes, qui in diverſis. *P. Engel n. 29. König n. 43.* Aliter *Mann. n. 83.* ubi *Lege Im-periali* putat neceſſe eſſe, ut determi-netur, qui præſentes, qui abſentes di-cendi ſint.

Longiſſimum tempus ſunt 30. anni, 36 & ultra. Sic bona privatorum im-mobilia ſine titulo 30. annorum ſpa-tio præſcribuntur. *l. 3. & 4. Cod. de præſcript. 30. vel 40. ann.* Item 30. annis tolluntur omnes actiones civiles, tam reales, quam perſonales, *l. 3. l. 7. Cod. d. t. Harp. n. 174. Zoeſ. ff. h. t. n. 48.*

Excipitur I. Actio de dolo, quæ du-37 rat tantum biennio. *l. fin. Cod. de dolo malo except.* II. Exceptio non numera-38 tæ pecuniæ, quæ etiam biennio extin-guitur *l. in Contractibus Cod. de non nu-mer. pecun.* III. Actio redhibitoria, quæ 6. menſibus expirat. *l. 19. §. fin. ff. de adilit. edicto.* IV. Actio quanti minoris, quæ terminatur uno anno *d. l. 19.* V. Querela inofficioſi, quæ quinquennio circumſcribitur *l. 34. Cod. de inoff. teſtam.* VI. Actio hypo-39 thecaria, cui diverſimode præſcribitur. Et quidem, ſi hypotheca poſſideatur a debitore, vel ejus hærede, tunc actioni hypothecariæ non præſcribitur, niſi 40. annis. *l. 7. §. 1. Cod. de præſcript. 30. vel 40. ann. Brunnem. ibid. n. 5.* Si hypotheca poſſideatur ab extraneo, non debitore, forte, quia illam bona fide emit, extinguitur actio hypothe-caria 10. annis inter præſentes, & 20. inter abſentes *l. 1. & l. 2. Cod. ſi advers. credit. Brunnem ibid. Schamb. Inſt. h. t. pag. 290.* Si hypotheca poſſideatur ab extraneo, & quidem mala fide, tunc de Jure civili circumſcribitur actio hy-

 po-

pothecaria 30. annis, & de hoc caſu intelligenda eſt, *l. 3. Cod. de præſcript. 30. vel 40. annor. Zoëſ. ff. h. t. n. 49.* vide & *Hunn. ad Treutl. vol. 2. diſp. 2. th. 7. q. 47.*

Ad præſcriptionem longiſſimi temporis ſpectat etiam illa, quæ 40. annis concluditur, qua de Jure communi præſcribuntur res Eccleſiaſticæ, quæ videlicet pertinent ad Eccleſiam. *c. 4. & c. 8.* ✠. *h. t. Engel n. 30. Pirheng. loc. cit. n. 92.* Excipitur Eccleſia Romana, contra quam non currit, niſi centenaria præſcriptio. *cap. 13.* ✠. *h. t. Pirheng. n. 99. Rath. tract. de uſucap. cap. 5. aſſert. 28. Covar. in c. poſſeſſor. p. 2. §. 2. n. 6.*

40 De *Jure Auſtriaco* res Eccleſiaſticæ, & Monaſteriorum nullo unquam tempore poſſunt præſcribi, idque demonſtratur per *Generalia Ferdinandi I.* de dato 22. Junii 1534. *Ferdinandi II.* de dato 25. Februar. 1634. *Maximil. II.* de dato 20. Junii 1575. *Suttinger in Manuſcript.* verb. Geiſtliche Güther. *Finſterwalder lib. 2. obſ. 105. n. 8.* ubi *n. 34. & ſeqq.* rationes, & motiva, quibus hæc conſuetudo nititur, longa ſerie adducit. Quare quilibet poſſeſſor Prælato agenti titulum ſuæ poſſeſſionis edere tenetur.

Res immobiles de *Jure Auſtriaco* non præſcribuntur, niſi 32. annis. Ita de conſuetudine hujus Inferioris Auſtriæ teſtatur *Walter lib. 4. tit. 129.* verbis: Welcher ein ligendes Guth, wie das alte Herkommen, und der uralte Lands-Brauch in Oeſterreich unter der Ennß vermag, 32. Jahr nacheinander beſitzet, nutzet und brauchet, derſelbe, oder ſein Erbe und Nachkommen erſitzen, durch ſolche langwirig- und unzerbrochene Innhabung deſſelben Guths, Gewehr, Recht und Eigentum, alſo, und dergeſtalt, da gleich jemand ſolches Guth hernach anſprüchig machet, und der Innhaber, oder ſeine Erben, ſeine alt-habende Poſſeſſion mit keinem Titul beſcheinen kunte, ſo möcht er ſich dennach ſeines verſeſſenen Eigentums betragen, und dem Kläger die Præſcription, oder Verjährung opponiren, ſich auch dardurch von der Klag entbrechen. Gleicher Geſtalt verjähren ſich Schuld-Brief, und andere perſöhnliche Recht- und Gerechtigkeiten, in obbemeldter Zeit deren 32. Jahren. *Finſterwalder lib. 2. obſ. 104. n. 5.*

Tempus immemoriale eſt, cujus initii 41 memoria non extat, quo tempore præſcribuntur res, quæ alias præſcribi non poſſunt. Hæc præſcriptio habet vim privilegii, & æquiparatur privilegio a Principe conceſſo. *c. 46. §. præterea* ✠ *de V. S.* Spatiumque tanti temporis tantum poteſt, quantum Imperator. *Schmid. n. 81. P. Engel n. 34. Pirheng. loc. cit. n. 128. Mynſing. cent. 1. obſ. 30.* ubi ait: *Præſcriptione immemoriali probata, non admitti probationem in contrarium.*

In ſpecie tempore immemoriali 42 præſcribuntur I. Res teſtamento alienari prohibitæ, de quibus *l. 3. §. ult. & auth. Res, quæ Cod. commun. de legat. Pirheng. loc. cit. §. 7. n. 35. & ſeqq.* II. Res dotales. *arg. l. 30. Cod. Jure dot.* III. Regalia Principis, *v. g.* Jus collectandi, cudendi monetam, imponendi vectigalia, & denique omnia illa Jura, quæ non poſſunt compe-

petere, niſi ex ſpeciali privilegio Principis. *Schneid. n.* 33. *Struv. Exercit.* 43. *th.* 24. *Harp. n.* 218. Reichs-Abſchied *de An.* 1548. §. Wo aber innerhalb Menſchen-Gedencken. 64. *Berlich. p.* 2. *concl.* 8. *n.* 14. *Zanger de Except. p.* 3. *c.* 10. *n.* 183.

Differt iſta præſcriptio a centenaria, quia hæc poteſt eſſe non immemorialis, cum homines reperiri poſſint ætatis tam provectæ, ut centum annorum recordentur. *Perbing. loc. cit. n.* 129. *Covarr. in c.* 2. *p.* 2. §. 3. *n.* 6. *&* 7.

§. Sed aliquando. 1.

Hucusque excuſſimus IV. præſcriptionis *requiſita*, puta: *Bonam fidem, juſtum titulum, poſſeſſionem, & legitimum tempus.*

43 Jam in *hoc*, & *ſeqq.* §§. agendum de *quinto* præſcriptionis *requiſito*, quod in eo conſiſtit, ut *res non ſit vitioſa, h. e.* uſucapi non prohibita. *l.* 24. *ff. de uſucap. & uſurp.* Prohibentur autem in ſpecie uſucapi res, quæ commercio humano exemptæ ſunt, veluti *liber homo, res ſacra, ſancta, religioſa. text. hic. l.* 6. *ff. h. t.* Ratio, quia præſcriptio eſt modus acquirendi dominii; hæ autem res in dominium non cadunt; ergo &c. *Menz. n.* 4. *Mynſ. & Weſenb hic.* Similiter *ſervus fugitivus* uſucapi non poteſt. *text. hic.* Ratio, quia res furtiva (ut ſtatim audiemus) non poteſt uſucapi; atqui ſervus fugitivus eſt aliquo modo furtivus, quia ſui ipſius furtum facere dicitur; *l.* 1. *Cod. de ſerv. fugitiv.* ergo.

§. Furtivæ. 2. cum §. Quod autem. ſeq.

44 Præterea res furtivæ, & quæ vi poſſeſſæ ſunt, neque a fure, & violento poſſeſſore, neque ab ullo alio, etiamſi bona fide rem talem ab alio acceperit, uſucapi poſſunt. Ratio quoad furem: quia & titulo, & bona fide caret. Ratio quoad bonæ fidei poſſeſſorem: quia furtum, & violentia ſunt vitia realia. §. 8. *hic.* vitia autem realia rebus ſemper cohærent, easque ut lepra leproſum ſequuntur. *l.* 4. §. 6. *ff. h. t. & l.* 11. *Cod. de acq. & retin. poſſ.* Unde infert *Imperator* in §. 3. *hic*, quod in rebus mobilibus triennalis præſcriptio raro procedat, quia plerumque, qui primus rem vendidit, cum dominus non fuerit, furtum commiſit.

Non ſine myſterio autem dicit *Imperator*, res furtivas, & vi poſſeſſas a bonæ fidei poſſeſſore *longo tempore* uſucapi non poſſe; enimvero ſi quis longiſſimo tempore, 30. ſcilicet, vel 40 annorum ſpatio eas bona fide poſſederit, tunc præſcribit. *l.* 3. *&* 4. *Cod. de præſcript.* 30. *vel* 40. *ann. Schneid. n.* 61. *& n.* 66. *Mynſing. n.* 5. Ratio: quia tanto tempore vitium, quod impediebat uſucapionem, eluitur, & purgatur. *Menz. n.* 10.

§. Sed

§. Sed tamen 4.

45 Q. hic: *Quid Juris, ſi hæres rem defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depoſitam, exiſtimans hæreditariam eſſe, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, poteritne is, qui bona fide accepit, uſucapere?*

℞. Quod ſic, Ratio eſt: quia licet hæres rem, defuncto commodatam, invito domino, *i. e.* commodante, contrectaverit, quia tamen non fecit ſciens, & mala fide, ſed ignorans, & bona fide, furtum non commiſit, conſequenter ea res in vitium furti non cecidit, furtum enim eſt contrectatio fraudulenta, neque absque affectu, & doloſo animo committitur. §. 7. *Inſt. de oblig. quæ ex delict. naſ. Mənz. n. 2*

Sed poteritne etiam ipſe hæres, in bona fine exiſtens, rem defuncto, *v. g.* commodatam præſcribere? ℞ Non poteſt, quia defunctus non potuit, ergo neque hæres. Defunctus non potuit, quoniam rem eſſe alienam ſcivit, adeoque in mala fide conſtitutus fuit; atqui hæres ſuccedit in univerſum Jus defuncti, & ignorantia ſua ejusdem vitia non excludit. *l. 11. ff. de divers. & tempor. præſcript Harp. n. 7. Covar. in c. poſſeſſ. 2. p. 2. Menoch. de recup. poſſ. remed. 15. n. 618.*

§. Item ſi is. 5.

Q. hic: quid Juris in hoc caſu? *Sempronius habet uſumfructum ancillæ, & partum ex illa ſuſceptum Titio bona fide vendit, poteritne Titius partum præſcribere?*

Ratio *dubitandi* eſt, quia Sempronius vendidit rem alienam, partus enim ancillæ in fructu non eſt; atque adeo ad proprietarium pertinet, abſurdum enim (inquit §. 39. *de R. D.*) videtur hominem in fructu eſſe.

Verum, hac ratione non obſtante, *Imperator* decidit, uſucapionem procedere ex ratione, quod furtum ſine affectu, & animo doloſo non committatur.

Colligunt aliqui, ex *hoc* §. quod error Juris uſucapionem non impediat, puta ex parte tradentis, ſecus ex parte accipientis. *Mynſing. n. 1. Morn. n. 4.*

§. Aliis. 6.

Dicit *Imperator*, aliis quoque modis accidere poſſe, ut quis ſine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, & efficiat, ut a poſſeſſore uſucapiatur; ſed eos modos non enumerat, nec nobis enumerare placuit, ne alias rudis, & infirmus animus ſtudioſi multitudine, & varietate rerum nimium oneretur. §. 2. *Inſt. de J. & J.*

§. Quid

§. Quid autem. 7.

Viſo, quomodo res mobiles alienæ in aliquem ſine vitio furti transferantur: oſtendit modo Imperator, quomodo poſſit res immobilis aliena ſine vitio ad alium devenire; pro cujus intellectu figuratur talis

Caſus.

46 Titius peregre profectus, fundum quemdam vacuum reliquit, aut præſens nullam ejus curam habuit, aut denique ſine ſucceſſore deceſſit, Cajus in fundi poſſeſſionem intrat. Q. An ipſe Cajus poſſit præſcribere? ℞. *negat.* Quia intelligit, fundum alienum eſſe, quem occupavit; quod enim tuum non eſt, ſcire debes ad alium pertinere. *l. fin Cod. unde vi.* Sed quid, ſi Cajus Cornelio fundum vendiderit, poteritne Cornelius præſcribere?

Decidit *Imperator*, quod *ſic*, & quidem longo tempore. *text. hic.* & in *l.* 37 §. 1. *ff. h. t.* Ratio eſt in textu: quia iſte fundus neque furtivus eſt, neque vi poſſeſſus Non furtivus, quia rei immobilis non fit furtum. §. 2. *Inſt. de oblig. quæ ex delict.* Non vi poſſeſſus, quia ex ſuppoſito Cajus neminem dejecit de poſſeſſione fundi. *Manz. hic. Weſenb. n.* 4.

Dices: Mala fides anteceſſoris ſucceſſori particulari nocet, ita, ut non præſcribat niſi 30. annis, *auth. mala fides Cod. de præſcript. long. temp.* ergo ſaltem Cornelius non præſcribit longo tempore.

℞. I. Aliquos velle per *d. auth. mala fides*, hujus §. correctionem factam eſſe. *Ludwell. n.* 2 *hic.* ℞. II. Noſtrum §. intelligendum eſſe de eo caſu, quo Cajus in poſſeſſionem fundi, ſciente domino, ingeſſus eſt, ita, ut ſenſus *d. auth. mala fides* talis ſit: Mala fides anteceſſoris ſucceſſori particulari nocet quoad præſcriptionem ordinariam, ſi dominus ignoraverit, alienationem rei ſuæ in alterum factam eſſe; ſecus, ſi ſciverit. Vide, quæ infra §. 12. *h. t.* ſcripſimus.

§. Aliquando. 8.

47 Dictum eſt in §. 2. *h. t.* res furtivas, aut vi poſſeſſas, longo tempore uſucapi non poſſe. *Hic* ponitur limitatio, *niſi in poteſtatem domini reverſa fuerit:* nam ſi res in poteſtatem domini reverſa fuerit, vitium purgatur, & uſucapio procedit. *text. hic Menz. hic.*

Requiritur autem, ut eodem modo res revertatur, quo ablata eſt, i. e. gratis. Hinc, ſi mihi afferatur codex meus, quem a poſſeſſore bonæ fidei ex defectu domini probationis debui mercari, vitium non purgatur. *l.* 4. §. 12. *ff. h. t. Harp. hic. Franz. Inſt. n.* 6.

§. Res Fiſci. 9.

48 Inter cæteras, quæ uſucapionem reſpuunt, refert *Imperator* etiam *res Fiſci*, circa quas, ut accurate procedamus, adhibenda eſt talis diſtinctio: aut loquimur de bonis, incorporatis Fiſco, aut nondum incorporatis? Bona prioris generis, ſive mobilia ſint, ſive immobilia, non præſcribuntur longi temporis præſcriptione. *text. hic.* præſcribuntur tamen longiſſimo tempore, puta 30. vel 40. annorum ſpatio. *arg. l. omnes. 4. Cod. de præſcript. 30. vel 40. ann.* ubi dicitur, nullum Jus privatum, vel publicum eſſe, quod 40. annorum ſilentio non extinguatur *Pirhing. ad Jus Canon. h. t. ſect. 3. § 4. n. 105. Covar. in c. 2. de R. J. in 6 p. 2. § 2. n. 7. Schmeid. n. 41. Franz. Inſt. h. t. n. 15.*

Jure Auſtriaco Regalia Principis, & res Fiſci immobiles non præſcribuntur, niſi centum annis. N. Oe. Landg. Ord. lib. 2. Tit. 31. § 20. *Sutting. in Manuſcript. lit.* Verjährung

Bona nondum incorporata Fiſco, ſeu bona vacantia, iterum vel ſunt denuntiata Fiſco, vel non? Si non ſunt denuntiata Fiſco, forte quia mortuus quis eſt ſine hærede, idque Fiſco intimatum non eſt, tunc contra Fiſcum currit præſcriptio ordinaria, puta in rebus mobilibus triennalis; in rebus vero immobilibus decennalis *l. quamvis. 18 ff. h. t.* Ratio: quia bona vacantia, Fiſco nondum denuntiata, naturam privatorum retinent. *Morr. n. 9. Harp. n. 4.*

Si bona ſunt denuntiata Fiſco, & Fiſcus ea occupare neglexit, tunc ea præſcribuntur adverſus Fiſcum quadriennio. *text. hic. l. 1. Cod. de quadrien. præſcript. l. 10. ff. de diverſ. & temp. præſcript. Schneid. n. 41. Pirhing. loc. cit. n. 105. Schamb. hic. König n. 17. & communiter omnes.*

§. Noviſſime. 10.

Poſtquam *Imperator* multa hactenus de requiſitis uſucapionis diſſeruit; jam quaſi in compendio priora repetit, & dicit, ad præſcriptionem neceſſarium eſſe, ut res ipſa, de qua præſcribenda agitur, non habeat vitium, ac bona fide acquiſita, & poſſeſſa ſit, de quibus hucusque ſatis dictum. In ſpecie

49 Q. VIII. *An Juri luendi pignoris præſcribi poſſit?* Ut in acerrimo hujus *controverſiæ* conflictu tela præviſa minus officiant, tenaciter

Nota: Creditor, qui in ſecuritatem crediti pignus accepit, ſoluto debito illud reſtituere debet, atque in eam rem prodita eſt debitori actio directa pignoratitia. *tot. tit. ff. & Cod. de pignorat. act.* Cum autem debitor actione pignoratitia efficaciter experiri nequeat, niſi toto debito exſoluto, quæſitum eſt, an Jus illud, quod debitor habet, offerendi ſcilicet pecuniam, & ſic pignus luendi, præſcriptione 30. vel 40. annorum tollatur?

Negant *Zoeſ ff. h. t. n. 41. Harpr. Inſt. h. t. n. 183. Hunn. ad Trentl. vol. 2. diſp. 22. th. 3. quæſt. 15. Arumæ. Exercit. 6. th. 9. Pirhing. ad Jus Can.*

Can. h. t. n. 17. *Zanger de Except. p.* 3. *c.* 10. *n.* 190. *P. Engel ad Jus Can. h. t n.* 9. *Gail. lib.* 2. *obſ.* 18. *n.* 6. *Mynſing. cent.* 6. *obſ.* 70. *n.* 20. ubi hanc *ſententiam* teſtantur in *Camera Imperiali* receptam eſſe.

Affirmant *Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *diſp.* 22. *th.* 3. *lit. b. Vinn. ſelect. quæſt. lib.* 2. *c.* 6. *Tuſchus tom.* 6. *concluſ. pract.* 593. *n.* 1. *Franz. Inſt. h. t. n.* 10. *Weſenb. in paratit. ff. de reſcind. vend. ult.*

Prima ſententia probatur I. hac efficaci ratione: quia actio præſcriptione non poteſt tolli, antequam nata ſit. *l.* 1. § *ult.* ✠. *Niſi ex quo actionem movere potuerint Cod. de annal. except.* Non entis enim nullas qualitates eſſe, in propatulo eſt. *l.* 4. *ff. loc. l.* 116. *ff. de V.O.* atqui pignoratitia actio non naſcitur tempore contractus, aut conventionis de pignore conſtituendo, ſed tum demum, cum debitor pignus repignoravit, h. e creditori pecuniam debitam ſolvit, vel alio modo ſatisfecit. *l.* 9. §. 3. *ff. de pignorat. act. & l.* 11. *Cod. eod.* ergo creditor huic actioni ante ſolutionem, a debitore factam, præſcribere non poteſt.

Non *obſtat*, quod ab Antagoniſtis contra hanc rationem tegeritur, ſcilicet, natam eſſe hanc actionem pignoratitiam ſtatim, atque pignus contractum eſt; quia ſtatim, atque debitor pignus tradit, ſibi reſervat Jus luendi illud, atque adeo ratione tantum effectus, ut efficaciter actio iſta poſſit intentari, poſt ſolutionem naſci videtur; argumento ſimili in actione exempto, quæ ſtatim, atque de re, & merce conventum, quoad ſubſtantiam, ſive (ut ajunt) quoad actum primum, nata eſt, licet, antequam pretium offeratur, emptori denegetur. *l.* 13. § 8. *ff. de act. empt. & vend.* Non (inquam) hoc *obſtat*. ℞. enim diverſam eſſe cauſam pignoris, quam emptionis, venditionis, quia ſimul, atque de merce, & pretio conventum eſt, ſtatim oritur actio empti, & venditi, nec quid aliud requiritur. Contra vero, ſi pignus contractum eſt, non oritur ſtatim actio pignoratitia, ſed demum poſt ſolutionem. Non mirum proinde, quod actioni ex empto ſtatim currat præſcriptio, quoniam nata eſt, ſecus autem ſit in actione pignoratitia. Enim vero hæc ante ſolutionem nata non eſt, quam ipſam ſolutionem præviam ad ſui nativitatem eſſentialiter requirit, ita, ut prius Jus luendi non habeat.

Probatur II. Quia in tali præſcriptione tria requiſita præſcriptionis ſubſtantialia deficiunt, puta, poſſeſſio, titulus, & bona fides. *Poſſeſſio*, quia creditor alieno nomine poſſidet. *l.* 12. *ff. de uſurp. & uſucap.* qui autem alieno nomine poſſidet, non præſcribit. *l.* 2. *Cod. de præſcript.* 30. *vel* 40. *ann.* Nec contra eſt, ſi *dicas*, creditorem voluiſſe ſibi poſſidere, quoniam trita regula eſt, ſibi ipſi cauſam poſſeſſionis, neminem mutare poſſe. *l.* 3. *ff.* 19. *l.* 18. *l.* 19. §. 1. *ff. de acquir. vel amitt. poſſ.* *Titulum* quod deficiat, patet, quia pignoris titulus non eſt dominii tranſlativus *l.* 15. §. 2. *ff. qui ſatis dare cog. bona fides*, quod deficiat, luculentum eſt, cum creditor ſciat ſe rem alienam poſſidere. Sane, ſi fingas creditorem habere bonam fidem, i. e. rem, ut ſuam poſſidere, & eſſe in quaſi poſſeſſione, in quia conſtitui-

 tur,

tur, ſi pignus petitum ſit, ille autem dixerit, id ad ſe pertinere, & debitor acquieverit, ultro lubenter concedo, 30. vel 40. annis Jus luendi pignoris præſcribi, adeſſet enim bona fides & poſſeſſio, titulus vero quod deficiat, non refert, cum in præſcriptione longiſſimi temporis non requiratur.

Probatur III. Quia ea, quæ meræ facultatis ſunt, nullo unquam tempore præſcribuntur. *l. 2. ff. de via publica l. 26 ff de damno infecto. c. 25. ... de V. S.* Sic is, qui aliquod annis Eccleſiæ, aut Hoſpitali cuidam certam pecuniæ quantitatem pro eleemoſyna libere donavit, cogi non poteſt, ut impoſterum ſimiliter donet. *can.* 61. c. 16. *q.* 1. Item, ſi 40 annis continuis molendinum meum frequentaſti, ut frumentum moleres, non propterea poſſim prætextu præſcriptionis te impedire, quo minus, ſi libeat, alium molendinum accedas. *König h. t. n.* 14. *Pirhing, loc. cit. n.* 17. *Covar. in d. c.* 2. *p.* 2. § 4. *n.* 6 Ratio: quia actus, & res meræ facultatis, quæ non præſcribuntur, ni ſi prohibitio unius, & acquieſcentia alterius interveniat, per quam quis conſtituatur in quaſi poſſeſſione, de quo vide omnino *Pirhing. loc. cit Engel n.* 9 *Laymann. Theol. mor. lib.* 3. *tit.* 1 *cap.* § *Hunn ad Treutl vol.* 2. *diſp.* 22. *th.* 3 *lit* 1. *q.* 15. Atqui Jus luendi pignoris eſt res meræ facultatis, conſiſtit enim in arbitrio debitoris, tempore, quo velit, pignus repetere; ergo &c.

Probatur IV. Quia non valenti agere, non currit præſcriptio, veluti ſi obligatio diem habeat. *l.* 7. §. 4. *Cod. de præſcript.* 30. *vel* 40. *ann.* & in ſpecie *l.* 1. §. *ult. Cod. de annal. Except.* Ubi filiofam. ideo durante patria poteſtate non currit præſcriptio, quia, ea durante, agere non poteſt, ergo etiam debitori non curret præſcriptio, quia ante ſolutionem agere non valet.

Obj. l. 3. l. 4. Cod. de præſcript. 30. *vel* 40. *ann.* Ubi generaliter reſcribitur, omnem actionem, & omne Jus, ſive privatum, ſive publicum, 30. aut 40. annorum ſpatio extingui; ergo tanto tempore extinguetur etiam actio pignoratitia, quia ly *omne* nihil excludit. *l.* 68. *ff. de legat.* 3. *R. dd. ll.* intelligendas eſſe de actione & Jure jam nato.

Obj. II. Creditor amittit actionem hypothecariam 40. annorum ſpatio. *l.* 7. *Cod. de præſcript.* 30. *annor* ergo & debitor intra 30 vel 40 annos amittit actionem pignoratitiam, ſtatutum enim in uno correlativorum, ſtatutum quoque in altero intelligitur. *l. ult. Cod. de indict. viduit. R. d.* Axioma procedere, quando eſt eadem ratio correlativorum, in noſtro autem caſu eſt diverſa ratio. Enimvero actioni hypothecariæ, creditori competenti, præſcribitur, quia jam nata eſt; naſcitur enim ſtatim, quando hypotheca contrahitur. *l.* 3. *Cod. de long. temp. præſcript.* At, actionem pignoratitiam ante ſolutionem naſci, nemo, niſi qui negat lucem in meridie, aſſerit.

Obj. III. L. ult. Cod. de pignorat. act. ubi expreſſe cavetur, actionem pignoratitiam, debitori competentem, non perimi longi temporis præſcriptione, ergo videtur extingui longiſſimo tempore *R. d. l ult.* eſſe intelligendam de actione pignoratitia jam nata

Obj. IV. Juri offerendi poteſt præſcri-

Google

ſcribi longiſſimo tempore. *l. 9. §. 3. Cod. de præſcript. 30. vel 40. ann.* ergo & luendi pignoris. *R. con. ant. neg. conſeq.* quoniam Jus offerendi (quod habet ſecundus creditor, qui primo creditori debitum ſolvere, & cauſam pignoris ſibi confirmare poteſt) natum eſt ſecundo creditori. Vide *Perez. in Cod. de præſcript. 30. vel 40. ann. n. 7. & 8.*

Obj. V. Juri retrovendendi 30. annorum ſpatio præſcribitur, ergo etiam Juri luendi pignoris. *R. Antec.* eſſe falſum, & teſte *Mynſing. cent. 1. obſ. 26. in Camera Imperiali* contrarie deciſum fuiſſe. Ratio evidens eſt: quia is, qui in mala fide eſt, nullo unquam tempore præſcribit; atqui emptor, qui promiſit, quandocunque revendere, cum ſciat, ſe ad retrovendendum obligatum eſſe, eſt in mala fide conſtitutus; ergo non præſcribit. Vide, late de hac re diſſerentes, *Harp. prin. Inſt. h. t. n. 197. Gomez. tom. 3. reſolut. c. 2. n. 28. Treutl. vol. 1. diſp. 28. th. 10. lit. A. Fach. lib. 2. cont. c. 13.*

50 Q. IX. *An annuis præſtationibus, & redditibus*, jährlichen Zinß und Gülten, *præſcribi poſſit? v. g.* an emphyteuta, qui 30. vel 40. annis canonem non ſolvit, nec a domino directo ad præſtationem interpellatus eſt, libertatem præſcribat non ſolvendi canonem in tempus futurum?

In ancipiti hujus arduæ (utiliſſimæ tamen) *controverſiæ* conflictu *tres* ſunt *DD. Opiniones.*

I. Eſt eorum, qui exiſtimant, in annuis redditibus, ſive præſtationibus Jus exigendi 30. annorum ſpatio tam quoad futuras, quam quoad præteritas extingui. Ita *Bart. in l. 6. Cod. de præſcript. 30. vel 40. ann. Scharpff. conſil. 10. Menoch. conſil. 49. n. 20. Vaſq. controv. illuſt. lib. 2. c. 83. n. 38. Schneid. Inſt. h. t. n. 14. Zanger. de except. p. 3. c. 10. n. 188. Bachov. ad Treutl. vol. 2. diſp. 22. th. 3. lit. I.*

II. *Sententia diſtinguit*, an annuæ præſtationes deſcendant ex contractibus, an vero ex legatis. In priori caſu ſubſcribunt primæ opinioni. In poſteriori docent, 30. annorum decurſu præteritas tantummodo penſiones præſcribi.

III. *Sententia* (cui *ego* quoque adſtipulor) docet, ſingulorum annorum ſingulas eſſe præſcriptiones, ita, ut illæ duntaxat præſtationes præſcribantur, reſpectu quarum 30. ann. lapſi ſunt, non vero futuræ, nulla facta differentia inter penſiones ex contractu, vel ex legato debitas. Ita intrepide ſuſtinent *Harp. pr. Inſt. h. t. n. 17. Zoeſ. ff. h. t. n. 44. Hunn. ad Treutl. lo. cit. quæſt. 16. Berlich. part. 2. concl. 4. n. 10. Mynſing. cent. 3. obſ. 13. Gail. lib. 2. obſ. 73. n. 12.* Ubi hanc ſententiam in Camera Imperiali multis præjudiciis confirmatam eſſe teſtatur.

Ratio, quare ſingulorum annorum ſingulæ debeant eſſe præſcriptiones, ſive (ut luculentius tibi loquar) quare debeant eſſe tot præſcriptiones, quot ſunt actiones, eſt hæc: quia ſingulis annis oritur nova actio, cum ſingulis annis, quod promiſſum eſt, præſtandum ſit; ergo ſingulis annis opus eſt nova præſcriptione, qua actio noviter nata extinguatur.

Ratio vero, quare reſpectu futurarum præſtationum non currat præſcriptio

prio communiter adducitur hæc: quia pro futuris annis actio nondum nata eſt; ergo huic præſcribi non poteſt, non entis enim nullas eſſe qualitates, in propatulo eſt. *arg. l. 2. ff. de uſufr. & l. 116. ff. de V. O.*

Retro alia, & (meo exiguo judicio) perquam ſolida, adducitur a *Berlichio l. cit* Quia præſcriptio ſine poſſeſſione non procedit. *l. 25. ff. de uſucap. c. 3. de R. I. in 6.* Debitor autem annuarum præſtationum, ratione ſequentium annorum, & futurarum præſtationum in quaſi poſſeſſione non eſt. *text. in l. 2. Cod. de præſcript. 30. vel 40. ann.* ergo.

Accedit *diſert. text. in l. cum notiſſimi. 7. § 6. Cod. d. t.* his verbis: *In his promiſſionibus, vel legatis, vel aliis obligationibus, quæ dationem per ſingulos annos, vel menſes, aut aliquod ſingulare tempus continent, tempora memoratarum præſcriptionum, non ab exordio talis obligationis, ſed ab initio cujusque anni, vel menſis, vel alterius ſingularis temporis computari manifeſtum eſt.* En! dicitur I. *Promiſſionibus, vel legatis.* Unde ſequitur, inter præſtationes annuas *ex contractu, vel ex legato* debitas, nullam adhibendam eſſe diſtinctionem. Dicitur II. *Tempora ab initio cujusque anni, vel menſis computari.* Unde *colliges*, ſingulorum annorum ſingulas eſſe præſcriptiones

Facit etiam huc *l. 28. ff. quib. mod. uſusfr. amitt.* *Si uſusfructus alternis annis legatur, non poteſt non utendo amitti, quia plura legata ſunt.* Sicut ergo in annuis legatis uſusfructus non una præſcriptione tollitur, ſed neceſſe eſt, ut tot interveniant præſcriptiones, quot anni, ita etiam in canone ſolvendo non una præſcriptio ſufficit, ſed tot debent eſſe præſcriptiones, quot ſunt annuæ præſtationes.

Non *adverſatur* I. Quod in annuis præſtationibus pro toto tempore agi poſſit; *l. 1. Cod. de fideicommiſſ.* ergo etiam præſcribi. Enim vero id, abbreviandarum litium cauſa conceſſum eſt; abſurdum enim foret, ratione cujuslibet præſtationis peculiarem proceſſum inſtituere.

Nec *refragatur* II. *l. 26 Cod. de uſuris.* Ubi dicitur, quod debitor 30. annis liberetur ab uſuris; ergo, ſicut pro toto tempore in uſuris currit præſcriptio, ita etiam in annuis præſtationibus currat, neceſſe eſſe; ſicuti enim in his ſingulis annis demum naſcitur actio, ita etiam in uſuris. Rꝫ. Enim, propterea debitorem liberari ab uſuris, quia tantum fuit obligatio acceſſoria; cum ergo *d. l.* 26. loquatur de eo caſu, quo principalis obligatio ſublata eſt, ideo etiam uſuræ tolluntur, quia tanquam acceſſorium ſequuntur ſuum principale. Secus eſt in annuis præſtationibus, quæ tanquam principale debitum ſolvendæ per ſe ſubſiſtunt.

Minus *obſtat* III. Dum ita *inſurgis:* Si obligatus quis fuerit in certo genere monetæ, vel frugum penſionem annuam ſolvere, & 30. vel 40. annorum ſpatio in alio genere minus valoroſo ſolverit, contra primam obligationem præſcribit, & in futurum non tenetur annuam penſionem in alia moneta ſolvere, quam per 30. annos ſolvit *c. abm 20. de cenſ.* ergo etiam, ſi canon omnino ſolutus non ſit, impo-

poſterum ſolvendus non erit ℞. *antec.* vehementer dubium eſſe, contrarium enim propugnat *Gail. loc. cit.* ℞. II. *Ex Hunnio loc. cit.* quod ideo liberetur debitor a ſolutione in meliori moneta, qui per aliquot annos ſolvit in deteriori, quia dominus directus per tacitum pactum ſolutionem in meliori moneta cenſetur remiſiſſe, adeoque non ſe defendit tam Jure præſcriptionis, quam remiſſionis. Aliter *Oldendorp. Inſt. h. t. q. 24.*

§. Error. II.

51 Dictum *ſupra* ad II. præſcriptionis requiſitum, quod titulus putativus ad præſcriptionem longi temporis non ſufficiat, ex ratione, quia plus eſt in veritate, quam in opinione, & falſa exiſtimatio rei veritatem non immutat. *§. 11. Inſtit. de legat. l. 6. ff. ad municip.* Unde, ſi quis bona fide rem aliquam longo tempore poſſederit, ratus, rem ſibi donatam eſſe, poſtea autem, ſi opponat exceptionem præſcriptionis, ſuumque titulum exhibere velit, appareat, rem ei non donatam, ſed venditam, vel ex alia cauſa traditam eſſe, præſcriptio nihil valet. *text. hic. & in l. 27. ff. h. t. Menz. n. 3. & 4. Schneid. n. 38.*

Dicta procedunt, ſi error falſæ cauſæ conſiſtat in facto proprio; hic enim duntaxat error præſcriptionem longi temporis excludit; error enim in facto propio in Jure dicitur eſſe intolerabilis. *l. 7. ff. ad S. C. Vell.* Unde, ſi error deſcendat ex facto alieno, præſcriptio longi temporis ſortietur locum; veluti, ſi ab hærede res quaſi legata mihi tradita ſit, quæ tamen legata non eſt, *l. 3. l. 4. ff. pro ſuo. Harp. n. 2.* vel ſi dicas ad me: trado tibi librum, quem tibi ante promiſi; & ego non recordor tuæ promiſſionis, ſed ſolummodo perſuaſioni, & aſſertioni tuæ credo, hoc in caſu procedit ordinaria præſcriptio. *Weſenbec. n. 2. hic. Schneid. n. 39. Mynſing. n. 3.* Ratio: quia error conſiſtens etiam in facto proprio non impedit præſcriptionem ordinariam, ſi concurrat perſuaſio alterius. *l. pen. ff. pro ſoluto. & l. 3. ff. pro ſuo.* Ratio rationis: quia error facti alieni tolerabilis eſt *l. fin. §. 1. ff. pro ſuo. Schamb. § 5. Inſt. hic. Perbing. loc. cit. n. 64.*

Dices: Si mihi rem quaſi venditam, quæ vendita non eſt, tradas, licet ego perſuaſioni tuæ fidem adhibeam, pro emptore tamen non poſſum præſcribere; *l. pen. ff. h. t. l. 2. ff. pro emptore.* Ergo error in facto proprio impedit uſucapionem, tametſi perſuaſio alterius acceſſerit. ℞. Juxta omnes DD. id ſpeciale eſſe in contractu emptionis, venditionis.

Ratio ſpecialitatis eſt: quia in contractu emptionis, venditionis requiritur bona fides duplici tempore, ſcilicet conventionis, & traditionis, in aliis vero contractibus ſufficit unum tempus, nimirum traditionis. *d. l. pen.* Jam vero, ſi emptio, venditio non præceſſerit, quam tamen præſcribere volens præceſſiſſe exiſtimat, non habet probabilem cauſam erroris; facile enim ſcire poteſt, emptionem, venditionem præceſſiſſe, cum pretium ipſi ſolvendum ſit. Vide *Harp. n. 2. Schamb. hic.*

§. Diu-

§. Diutina 12.

52 Q. *An, & quando bona fides proſit, vel mala fides noceat ſucceſſori in ordine ad præſcriptionem?* Ut certa ab incertis, & clara ab obſcuris methodice ſecernantur, ſequitur

Aſſertio I. Bona fides anteceſſoris prodeſt ſucceſſori tam *univerſali*, quam *particulari*. Succeſſor autem univerſalis dicitur, qui defuncti perſonam repræſentat, & in *univerſum Jus* ejus ſuccedit. Particularis, qui ex titulo ſingulari, puta *empti*, *donati*, *venditi*, *&c.* rem ab altero conſequitur.

Unde ſua ſponte fluit, quod ſi Titius agrum alienum bona fide, & juſto titulo poſſederit per 7. annos, poſtea deceſſerit, & me hæredem ſcripſerit, vel illum fundum legaverit, vel in vivis vendiderit, ego iſtum agrum per triennium poſſim præſcribere. *text. hic* & *l* 14. *ff. de diverſ. & temp. præſcript.* Ratio eſt: quia anteceſſor transferendo rem in alterum, ſimul etiam transfert totum Jus, quod in re illa habuit. *Manz. n.* 4. *Schmid. n.* 55. *Hrp. n.* 2. Concordat *Jus Auſt.* N. Oe. Land-Tafel. *nt.* 135.

Ampliatur: Ut bona fides anteceſſoris ſucceſſori proſit, etiamſi hic incipiat eſſe in mala fide, *text. hic.* Ratio, quia de Jure civili bona fides ab initio duntaxat præſcriptionis deſideratur. *Mynſing. hic. Manz. n.* 25. Secus eſt de Jure Canonico. *c.* 2. *de R. J. in* 6. *Schamb.* § 7 *Inſt. hic.*

53 *Aſſertio* II. Mala fides anteceſſoris ſucceſſori particulari, in bona fide exiſtenti, nocet in præſcriptione longi temporis, non autem longiſſimi. Hinc fundum, quem Titius mala fide detinuit, & poſſedit, ego vero bona fide a Titio emi, longo tempore non poſſum præſcribere, bene vero longiſſimo; & ita ſancitur in *auth. malæ fidei. Cod. de præſcript. long. temp.* His verbis: *Malæ fidei poſſeſſore alienante ceſſat longi temporis præſcriptio, ſi verus dominus Jus ſuum ignorat.* Itaque de Jure novo ſucceſſor particularis rem, quam anteceſſor mala fide poſſedit, non præſcribit, niſi longiſſimo tempore. *d. auth. malæ fidei.* & *Nov.* 119. *c.* 7. Aliud de Jure antiquo obtinuit, quo mala fides anteceſſoris ſucceſſori non nocuit; ita, ſucceſſor a ſe inchoare, & præſcriptionem tempore ordinario complere potuerit. *l.* 5. *ff. de diverſ. & temp. præſcript. P. Engel ad Jus Can. h. t. n.* 26. *Pirhing. n.* 66.

Limitatur I. ut *d. Auth. malæ fidei* locum non habeat, ſi ſciente domino res alienata ſit, & dominus novum poſſeſſorem toto tempore non convenerit; hoc enim caſu procedit longi temporis, & ordinaria præſcriptio. *P. Engel d. lo. Schmid. n.* 66.

Limitatur II. Si anteceſſor non fuit in vera, ſed ficta mala fide, ut ecce! hæres, qui res, a defuncto mala fide poſſeſſas, bona fide apprehendit, & rurſus in alium bonæ fidei poſſeſſorem alienavit, hic ordinario tempore præſcribit, quia *d. auth. malæ fidei.* loquitur tantum de ſucceſſore ſingulari immediato, non mediato. *Chlingenſp. q.* 12. *ob.* 1. *Ludwel. Inſt. h. t.* § 2. *Zoeſ. ff. h. t. n.* 61. *Covar. in c.* 2. *de R. J. in* 6.

p. 2.

p. 2. & 9. n. 6. Perbing. ad Jus Civ. h. t. n. 79.

Aſſertio III. Mala fides defuncti ſucceſſori univerſali, ſive ex teſtamento, ſive ab inteſtato venienti, ita nocet, ut neque præſcriptionem a ſe inchoare, neque longiſſimo tempore præſcribere poſſit. Ita *Fach. lib. 1 cap. 56. & l. 8. c. 27. Zaiſ. loc. cit. n. 62. Schneid. n. 68. Covar. loc. cit. n. 9. P. Engel loc. cit. n.* 16. Diſſent. *Vaſq. illuſt. controv. lib. 2. cap. 73. n. 9.*

Ratio quia hæres repræſentat perſonam defuncti, & in univerſum ejus Jus ſuccedit, adeoque cenſetur, eandem fidem habere, quam defunctus habuit, cum hæres, & defunctus una eademque perſona ſit; ſicut ergo defunctus cum mala fide nullo unquam tempore præſcribere potuit *d. c. 2. de R. J. in 6.* ita neque hæres ipſius.

Ratio alia: quia hæres tenetur ad exonerandam conſcientiam defuncti; ſi ergo defunctus malam fidem habuit, tenebatur, is domino rem reſtituere, quam ſi non reſtituit, hæres tenetur reſtituere, ut exoneret conſcientiam defuncti.

Accedit *l. cum hæres. 11. ff. de divers. temp. præſcript. Cum hæres in Jus omne defuncti ſuccedit, ignoratione ſua defuncti vitia non excludit: nec uſucapere poteſt, quod defunctus non potuit.* Idem ſancit *l. vitia. 11. C. de acquir. poſſ.* his verbis: *Vitia poſſeſſionum a majoribus contracta perdurant, & ſucceſſorem auctoris ſui culpa comitatur. Perbing. loc. cit. n. 68. Fünfterwald. lib. 2. obſ. 105. n. 66*

§. Final.

55 Recenſet *Imperator in hoc §.* ſingulare aliquod privilegium fiſco competens, pro cujus pleniori intellectu

Quæſtio conſurgit: *Quid Juris, ſi quis a Fiſco rem alienam emerit?*

R. Imperator olim ex *Edicto, & Conſtitutione Divi Marci Imperatoris* cautum fuiſſe, ut, ſi quis emerit a Fiſco, vel ejus procuratore rem quamdam, quam ipſe credebat Fiſci eſſe, cum in rei veritate eſſet aliena, & poſt venditionem quinquennium præterierit, cæteris paribus, præſcriptionis exceptione repellere potuerit. *l. ult. Cod. ſi adverſ. fiſc.*

Hoc privilegium poſtea per *Conſtitutionem Zenonis* fuit extenſum, atque adauctum, ut, ſi quis a Fiſco per venditionem, aut donationem, vel alium juſtum titulum, rem alienam bona fide acciperet, ſtatim ſine ulla præſcriptione, aut temporis lapſu dominium ejus conſequeretur, & in omnem caſum ſecurus fieret, ita, ut nulla actione conveniri poſſet; ratio hujus privilegii nulla eſt alia, niſi favor Fiſci, ut nimirum, ſtante hac ſecuritate, facilius emptorem rei fiſcalis inveniret, homineſque ad contrahendum cum Fiſco magis allicerentur. *Mont. n. 1. 2.* & 3.

Sed, nunquid iniquitatem ſapit, priorem dominum citra culpam ſuam re ſua privari? Habet ille licentiam uſque ad quadriennium adverſus Fiſcum intentandi actionem, quam ſi debito tempore non intentaverit, negligentiæ ſuæ habet, quod imputet. *l. 2. C. de quadrienn. præſcript. Schamb. hic.*

Porro hoc privilegium Fiſco competens, *Imperator Juſtinianus* in *l. ult. C.* confirmat, & iterum auget, dum conſtituit, ut & hoc privilegium in ſuis bonis patrimonialibus procederet, ita, ut ſi quis aliquid a ſe de privato patrimonio, vel etiam ab Auguſta, id eſt, uxore ſua, emerit, ſtatim ſecurus ſit, & a nemine moleſtari, aut conveniri poſſit. *l. 3. C. cit. t. Harp. n. 3. Brunn. in d. l. Perez in cod. d. t.* ubi ſub *n. 4.* has conſtitutiones in deſuetudinem abiiſſe autumat, aſſeritque poſſeſſorem, qui rem alienam a Fiſco, vel a Principe emit, conveniri poſſe, tenerique laudare auctorem.

Dicta pro intelligentia *textus* tibi ſufficiant. Sequitur de *contrariis* uſucapionis; contraria autem præſcriptionis ſunt modi, quibus præſcriptio vel non *procedit*, *vel dormit*, *vel interrumpitur*, *vel reſcinditur*.

56 *Non procedere* dicitur præſcriptio, quando ob defectum alicujus conditionis requiſitæ non poteſt incipere, ut ſi in præſcriptione triennali, aut decennali deſit titulus, bona fides, aut poſſeſſio civilis. *König ad Jus Can. n. 53.*

57 *Dormire* dicitur præſcriptio, quando legitime inchoata ob impedimentum ſuperveniens ſuſpenditur, & quieſcit, ita tamen, ut remoto impedimento denuo procedat, poſſitque tempus ſubſequens continuari cum præcedente, deducto ſolo tempore intermedio inutili. Sic dormit I. tempore pupillaris ætatis. *l. 10. ff. quib. mod. ſervit. amitt. l. 3. C. de præſcript. 30. vel 40. ann.* Hæc enim ætas facit, ut contra ipſum pupillum nulla inchoari poſſit præſcriptio. *l. 43. ff. de A. R. D. Harp. n. 8. § fin. h. t.* & incboata ſiſtatur, ſive ſit longi, ſive longiſſimi temporis. *d. l. 3. Franz. Inſtit. h. t. n. 24.* Concordat *Jus Auſtriac.* N. Oe. Land-Tafel. *tit. 33.* Wider einen Pupill, und Minder-jährigen lauffet keine Præſcription, ſo lang und viel, biß er ſeine vogtbare Jahr erlanget, und für vogtbar erkennet wird.

II. Dormit præſcriptio tempore minorennitatis. *l. 3. C. quib. non obj. long. temp. præſcript. l. ult. C. in quib. cauſ. in integ. reſtit. non eſt neceſſar.* Contra minores enim non currit præſcriptio ordinaria; ſed toto illo tempore quieſcit, ac non ante evigilat, quam minor evaſerit majorennis. *d. l. 3. C. de præſcript. 30. vel 40. ann.* & *de l. ult. C. d. t. Franz. loc. cit. n. 25. & n. 44.* Dixi *ordinaria*, quia præſcriptio 30. vel 40. annorum currit etiam contra minores, ita tamen, ut beneficio reſtitutionis gaudeant. *Brunnem. in l. 5. C. in quib. cauſ. in integ. reſtit. neceſ. non eſt. n. 8.*

III. Dormit præſcriptio tempore graſſantis contagionis, ſævientis belli, ac durantis hoſtilitatis. *c. 10. X. h. t.* Ratio quia non valenti agere non currit, præſcriptio *l. 1. C. de annal except.* tempore autem prædicto nemo valet agere, cum nemo ſit, qui Jus dicat, ergo *Pirheng. loc. cit. n. 31. Harp. n. 11.* Concord. *Jus Auſtriac.* Land-Tafel. *lib. 4. tit. 134.* doch, wo ein Krieg, Sterbens-Lauf, oder andere Lands- und allgemeiner Unfall zu ſolch lauffender Jährungs-Zeit einfiel, auch dardurch die Gerichter geſperret, oder ein-

eingeſtellet werden, ſo ſolle dieſelbe Zeit unwürckſich ſeyn, und von der Verjährung abgezogen werden.

IV. Dormit præſcriptio contra Eccleſiam, ſede vacante, aut Prælato excommunicato, vel quomodocunque agere impedito. *c. 1 14. & 15. h. t. König loc. cit. n. 54. Engel ad Jus Can. h. t. n. 34.*

58 *Interrumpi* dicitur præſcriptio vel *naturaliter*, vel *civiliter*. *Naturaliter* interrumpi dicitur præſcriptio, ſi aliqua ex conditionibus requiſitis deficiat, forte, quod *mala fides ſuperveniat*, vel *poſſeſſio amittatur*, quo in caſu debet de novo inchoari præſcriptio. Pulchre *Pirhing. loc. cit. n. 133. Covar. in c. 2. de R. J. in 6. § 10 n. 2. Civiliter* præſcriptio interrumpi dicitur, quando Jus poſſidendi per actum aliquem Juridicum in dubium vocatur, quod fit per *citationem, litis conteſtationem*, maxime per *ſententiam l. 10. C. de acq. & retin. poſſeſſ. König n. 56. Pirhing. loc. cit. n. 134.*

Porro naturalis, & civilis interruptio, quantum ad effectum, duas notabiles habet differentias. I. Eſt, quod naturalis interruptio ſe habeat reſpectu omnium adverſariorum, & abſolute præſcriptio interrupta ſit. *l. naturaliter ff. h. t.* Civilis vero interruptio tantum ſe habet reſpectu illius, qui litem movit: unde ſi is non fuerit verus dominus, & interim contra verum dominum tempus elapſum ſit, erit præſcriptio completa, quamvis ille, qui dominus non erat, circa eam rem litem inſtituerit. *l. 2. C. quib. res jud. non nocat.* II. Differentia eſt, quod poſſeſſio, & præſcriptio, civiliter interrupta, tunc demum maneat interrupta, ſi ſententia condemnatoria contra poſſeſſorem ſequatur: ſi vero poſſeſſor victoriam obtinuerit, vel per pactum, aut transactionem a lite receſſum ſit, perinde tunc poſſeſſionis continuatio habetur, ac ſi lis mota non eſſet. *P. Engel h. t. n. 34.* Ratio mihi videtur eſſe hæc: quia durante lite, poſſeſſor animum, rem, ut ſuam, habendi ſemper retinet. Concord. *Jus Auſt. lib. 4. tit. ult.*

Reſcindi dicitur præſcriptio jam 59
completa, quando adverſus eam reſtitutio in integrum conceditur. Conceditur autem I. Minoribus intra quadriennium a die majorennitatis numerandum. *l. 11. C. ſi adverſ. uſucap.* II. Ex cauſa neceſſaria, & probabili, veluti Reipublicæ, vel ſtudiorum abſentibus, de qua materia latius in *Digeſtis.* Interim vide *König loc. cit. n. 59. & Pirhing. loc. cit. n. 138.* cæteroſque ab his allegatos.

TITULUS VII.

De Donationibus.

SUMMARIA.

1. *Definitur donatio.* 2. *Dividitur in propriam, & impropriam.* 3. *Quid ſit donatio mortis cauſa?* 4. *Quale præſumatur in dubio eſſe donatio?* 5. *Quid inter-*

intereſt, an ſit donatio inter vivos, vel mortis cauſa? 6. *Mortis cauſa donatio ſit tripliciter.* 7. *Quomodo revocetur?* 8. *Exæquata eſt fere per omnia legatis.* 9. *Recenſentur requiſita donationis mortis cauſa.* 10. *Quid ſit donatio inter vivos?* 11. *Quomodo perficiatur?* 12. *Excedens 500. ſolidos inſinuari debet.* 13. *Limitatur in variis caſibus.* 14. *De Jure Auſtriaco inſinuatio donationis exolevit.* 15. *Quæ ſunt juſtæ cauſæ revocandi donationem?* 16. *An Jus revocandi tranſeat ad hæredes?* 17. *Quinam donare poſſint?* 18. *Et quibus donare poſſit?* 19. *Donatio inter virum, & uxorem prohibita.* 20. *Limitatur in aliquibus caſibus.* 21. *De Jure Auſtriaco donationes inter conjuges valent.* 22. *An donatio omnium bonorum valeat?* 23. *An ob graviores, vel æque graves alias cauſas revocari poſſit?* 24. *An ob ſuperventam liberorum nativitatem revocetur?* 25. *Donatio propter nuptias quid ſit?* 26. *Quid ſit Morgengoba?* 27. *Quid ſponſalitia largitas?* 28. *Si nuptiæ non ſequantur, ad quem pertineant munera ſponſalitia?* 29. *Quid ſit proxeneticum?*

1 AD modos acquirendi dominii civiles ſpectat etiam *donatio*, quæ ab *etymologia* nominis quaſi *doni datio* dicitur, & *definitur*, quod ſit *actus, quo liberalitatem erga alterum acceptantem exercemus. l. 29. ff. h. t. l. 82. ff. de R. J.*

2 *Diſpeſcitur* in *propriam, & impropriam.* Illa eſt, qua aliquid in alterum, ex motivo meræ liberalitatis, abſolute, & irrevocabiliter conferimus. *l. 1. ff. h. t.* Hæc eſt, qua aliquid in alterum ob aliquam cauſam non irrevocabiliter conferimus. Huc ſpectat *donatio mortis cauſa, donatio remuneratoria, donatio propter nuptias, donatio ſub modo, &c. Franz. inſt. h. t. n. 1. Zoeſ. ff. h. t. n. 1.*

§. Mortis cauſa. I.

3 I. Loco *Imperator* agit de donatione mortis cauſa, quæ *definitur*, quod ſit *actus, quo intuitu ſecuturæ mortis in alterum acceptantem aliquid conferimus.* Germanice dicitur: Eine Ubergab, ſo auf den Tod-Fall gerichtet iſt.

Dixi *intuitu ſecuturæ mortis*: quia, ut ſit donatio mortis cauſa, principaliter requiritur, ut in ea fiat expreſſa mentio mortis; alioquin habetur pro donatione inter vivos, licet ab agonizante fiat. Hinc quamvis aliquis, in extremis, & articulo mortis conſtitutus, donet; ſi tamen non dicat, ſe mortis cauſa donare, vel non faciat mentionem mortis expreſſam, in dubio præſumitur, & intelligitur eſſe donatio inter vivos *l. 42. §. fin. ff. de donat. mort. cauſa.* Ratio: quia, qui ſimpliciter & abſolute donat, non tam mortis cauſa, quam moriens donat. *Manz. n. 4.* & mors videtur potius eſſe cauſa impulſiva, quam finalis *Brunnem. in d. l. 42. n. 5.* 4

Sic pariter donatio inter vivos eſſe intelligitur, quando mortis quidem mentio facta eſt, ſed ſolummodo per modum dilationis; *v. gr.* dono tibi omnia

omnia bona mea, reſervato uſufructu uſque in tempus mortis. *Menoch. lib. 3. præſumpt. 35. n. 4. Fünfterwald. lib. 4. obſ. 20 n 18. Sutting. in manuſcript. lit. D.* ✠. *Donatio* ubi ait, ſi quis ita dixerit: *dono tibi centum præſtanda poſt mortem*; de Jure quidem communi cenſeri donationem inter vivos, prout debet, *Fachin. lib 5. cont 22. de Jure* vero *Auſtriaco* decisum fuiſſe, eſſe donationem mortis cauſa. Sed

5 Q. I. *Quid refert, an ſit donatio inter vivos, an vero mortis cauſa?* R. multum referre. I. Quia donatio mortis cauſa eſt revocabilis uſque ad extremum vitæ ſpiritum, donatio vero inter vivos, ſemel perfecta, revocari non poteſt § 2. *Inſt. hic.* II. Donatio inter vivos, ſi excedat 500. ſolidos, debet inſinuari *l 25 § ſancimus & l 35. C de donat.* III. Pro donatione mortis cauſa competit Rei vindicatio, actio hypothecaria, & actio perſonalis ex teſtamento *arg. text hic.* ubi donatio mortis cauſa in omnibus fere dicitur legatis exæquata, pro donatione inter vivos competit condictio ex lege. *Fünfterwald. loc cit n. 5. Chlingenſp. Inſt. h t. q. 5. Schneid n 3.*

6 Porro donatio mortis cauſa fit tripliciter. I. Cum quis, nullo præſentia periculi metu conterritus, ſed ſola mortalitatis cogitatione donat, forte, quia intelligit, humanum eſſe mori, & mortem certam, horam vero incertam, & hæc eſt prima ſpecies donandi mortis cauſa, circa quam ſingulariter notandum, quod tametſi alias donatio, mortis cauſa, per reconvaleſcentiam, vel ceſſationem periculi, ipſo Jure reſolvatur, & revocetur. *l. 19. l. 24. l. 35. §. 3. ff. de mort. cauſ. donat* hoc tamen de hac ſpecie donandi mortis cauſa non procedit, adeoque non reſolvitur donatio; licet poſtea in infirmitatem inciderit, & ex ea reconvaluerit. Ratio: quia non ceſſat tunc cauſa, propter quam donavit, quoniam is, qui ſanus, & integræ valetudinis ſola cogitatione mortalitatis donat, non propter illam infirmitatem, in quam incidit, donavit, ſed propter mortem, quam ſcit ſe evitare non poſſe, quæ cauſa adhuc ſubeſt Ita *Schneid. n. 3. Mynſing. n. 4. Mant. n 11.*

II Fit donatio mortis cauſa, cum quis, imminentis periculi metu conterritus, ita donat, ut res ſtatim fiat accipientis, ſed ſub conditione reſolutiva, *v. g* ſi quis ſit infirmus, ita, ut ex ea infirmitate ſe moriturum credat; vel, ſi quis aggreſſus eſt periculoſam navigationem, aut iter infeſtum feris, latronibus, hoſtibus &c. & ita donet, ut ſtatim rem donatam tradat donatario.

Circa hanc donationem Juris eſt, 7
quod quidem illa ſtatim perfecta ſit, & dominium transferatur in donatarium; ſed eveniente conditione, ſi ſcilicet donator præſens periculum evaſerit, aut ex ægritudine reconvaluerit, ſtatim ipſo Jure reſolvatur, & res donata ad donatorem revertatur *l. 1. & 2. ff. de mort. cauſ. donat. l. 19. ff. de R. C. l. 12 ff. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* Ratio eſt in *textu hic* quia donator cenſetur ita donaſſe, ut ſi quid humanitus ei contigiſſet, haberet, & retineret is, qui accepit; ſin autem ſupervixiſſet, ipſe reciperet. *Mant. n. 16. Harp. n. 68.*

 Schneid.

Schneid. n. 5. Gomez. var. reſolut. tom. 2. c. 4. n. 19.

III. Fit donatio mortis cauſa, cum quis periculi metu perculſus, ita donat, ut res donata non ſtatim fiat accipientis, ſed tunc demum, cum mors inſecuta fuerit, & hæc donatio morte demum perficitur, ita, ut ceſſante, & ſuperato periculo, non tam reſolvi dicatur, quam fieri nulla, & inutilis. *Mynſing. n. 3. & 4. Manz. n. 17. Franz. Inſtit. hic. n. 7. Bachov. ad Treutl. vol. 2. diſp. 19. th. 9. lit. G & H.* Ratio, quia conditionalia ex eventu conditionis pendent, & conditione non exiſtente perimuntur. *l. 8. §. quod ſi. ff. de peric. & commod. rei vendita.*

Ad ℣. Vel ſi eum.

Vidimus, quomodo donatio mortis cauſa, per reconvaleſcentiam revocetur. In *hoc* ℣. traditur, quod etiam per pœnitentiam revocetur, & reſolvatur, ratio: quia donatio mortis cauſa eſt ſpecies ultimæ voluntatis, *text. hic* atqui ultima voluntas eſt revocabilis uſque ad extremum vitæ ſpiritum; *l. 32. §. 3. ff. de donat. int. vir. & ux. l. 4. ff. de adimend. vel transferend. legat.* ergo &c. *Schneid. n. 22. Manz. n. 29.* Et hoc procedit de omnibus tribus ſpeciebus, quoniam omnes tres ſpecies æquiparantur ultimis voluntatibus. *Schamb. hic.* ℣. *Quares. 4. Weſenb. in paratit. ad ff. h. t. n. 7.*

Ad ℣. Aut prior.

III. Revocatur donatio, quando donatatius prius moritur, quam donator *l. 23. ff. de mort. cauſ. donat.* Ratio: quia legata, quæ relinquuntur in ultima voluntate, non debentur, ſi præmoriatur is, cui relicta ſunt. *l. un. C. de caduc. tollend.* Ergo idem de donatione mortis cauſa aſſerendum erit, utpote quæ ad exemplum legatorum redacta eſt. *Text. hic. Weſenb. inſt. h. t. n. 4. Franz. n. 9.*

Ad ℣. Hæ mortis.

De Jure antiquo dubitatum fuit, num donatio mortis cauſa eſſet ſpecies contractus, num ultimæ voluntatis? Hodie autem, exploſa illa dubitatione, ab *Imperatore* ſtatutum eſt, ut donatio mortis cauſa *fere* per omnia legatis æquiparata ſit *text. hic. & l. ult. C. de donat. cauſa mort.*

8 Verum cum *textus* dicat, donationem mortis cauſa *fere* legatis connumerari, ideo ut plenius intelligatur, in quo conveniant, & in quo differant, res ſerio tractanda eſt. Itaque convenit donatio mortis cauſa cum legatis I. Quod ſicut in legatis, & qualibet ultima voluntate (excepto teſtamento) ad minus 5. teſtes requiruntur, ita quoque in donatione cauſa mortis. *l. ult. C. de donat. cauſ. mort.* II. Sicuti legata morte teſtatoris confirmantur, ita quoque hæc donatio; & ſicuti illa uſque ad extremum vitæ ſpiritum revocari poſſunt, ita & hæc III. Sicuti de legatis detrahitur Falcidia, ita

quoque

quoque de donatione mortis cauſa, *l. 5. l. 12. l. 18 § fin C. ad leg. Falcid.* Plures affinitates enumerat *Schneid. n. 4.*

Differt donatio mortis cauſa a *legatis* I. Quod legatum abſenti & ignoranti relinqui poſſit: in donatione mortis cauſa vero requiratur tam donatarii, quam donantis præſentia, & acceptatio. *l. 38 ff. de donat. mort. cauſ.* II. Quod filiusfam. licet teſtari nequeat, poſſit tamen cum conſenſu patris donare mortis cauſa. *l tam is. 25. § 1. ff. eod.* III. Quod donatio mortis cauſa nuda morte donatoris confirmetur, valor legatorum pendeat ab aditione hæreditatis. *Schneid. loc. cit. & Vinn. Inſt. hic. n. 3.* ubi plures differentias recenſet.

Ex verſiculis, noſtro §. ſubjunctis, *DD. colligunt*, quod authoritates Poetarum, & Hiſtoricorum ad confirmationem dicendorum quandoque allegare permiſſum ſit; ſed, quidquid ſit, tu velim, utiliora colligas, nimirum ad donationem mortis cauſa requiri ſequentia.

9 I. Ut in ea fiat mentio mortis, vel alterius periculi, ita, ut mors non tantum ſit cauſa impulſiva, ſed finalis; alias cenſetur donatio inter vivos. *L. Sej. 42. §. 1. ff. de mor. cauſ. donat. Fünfterwald lib. 4. obſ. 20. n. 9. Conſil. Argentorat. tom. 2. conſil. 2. n. 24.* II. Ut præſens ſit tam donator, quam donatarius; nam mortis cauſa donat, qui præſens præſenti, & acceptanti donat. *d. l. 38 ff. de mort. cauſa donat.* Sane donationem mortis cauſa etiam per nuntium, vel epiſtolam abſenti fieri poſſe communiter obtinet; modo tamen ab abſente acceptetur.

Nec obſtat, quod *d. l. 38* expreſſe dicat: *qui præſens præſenti donat*; nam & is, qui per nuntium, vel epiſtolam donationem acceptat, præſens eſſe intelligitur. Illud tamen *nego, & pernego*, donationem mortis cauſa abſenti, & ignoranti fieri poſſe; ſic enim vix aliquid amplius ſupereſſet, quo donatio mortis cauſa a legatis diſtingueretur, & in nihilo penitus conveniret cum contractibus Quod ſi vero donatio mortis cauſa abſenti, & ignoranti facta ſit, & quinque teſtes adhibiti, valet, ut legatum. *Harp. n. 10. Bachov. ad Treutl. vol. 2. diſp. 19. th. 9. lit. A. ℣. In hoc donatione. Gomez var. reſolut. tom. 2. cap. 4. n. 19.* ubi ait, ſingulariter notandum eſſe, quod donatio mortis cauſa abſenti, & ignoranti coram quinque teſtibus facta, per reconvaleſcentiam non reſolvatur.

III. Requiritur acceptatio. *arg. l. 55. ff. de O. & A. Pront. n. 7. hic.*

IV. Ut 5. teſtes interveniant. *d. l. ult. C. de donat. cauſ mort.* Ratio: quia comparatur ultimæ voluntati, in qua ad minus 5. teſtes requiruntur. *l. ult. C. de Codicill. Schneid. n. 20.*

§. Aliæ. 2.

10 Vidimus, quid ſit donatio *mortis* cauſa: ſequitur de donatione inter *vivos*, quæ concinne *definitur*, quod *ſit actus, quo aliquid ex motivo nudæ liberalitatis, abſolute, & irrevocabiliter in alteram conferimus. l. 1. ff. h. t. l. 82. ff. de R. J.* vo-

vocatur donatio inter vivos, quia non primum morte donatoris confirmatur, aut in tempus mortis confertur; ſed adhuc vivo teſtatore ſortitur effectum *Mant. n. 4.* ita ut ſemel perfecta facile revocari non poſſit. *l. ult. C. de revocand. donat.*

Ad ℣. Perficiuntur.

11 Q. hic: *Quomodo donatio inter vivos perficiatur?* ℞. Jus *vetus* ſecernendum eſſe a Jure *novo*. Jure veteri non aliter perficiebatur donatio, neque effectum aliquem generabat, niſi intervenerit, vel traditio rei donatæ, vel ſtipulatio. *Schamb. hic. Mant. n. 5.* De Jure novo perficitur donatio ex aſſiſtentia legis, cum donator ſuam voluntatem ſcriptis, aut ſine ſcriptis manifeſtavit. *text. hic* & in *l. 35. § 5. C. de donat.* Adeoque donatio inter vivos etiam a ſolo conſenſu vires & robur accipit; licet ſtipulatio non intervenerit, habetque tantam neceſſitatem traditionis, quantam habet emptio, venditio, ſimul atque de pretio & merce conventum eſt; ſicut ergo emptio, & venditio ſtatim perficitur, quam primum emptor & venditor inter ſe de pretio & merce convenerunt. *prin. Inſt. d. empt. & vend.* ita etiam donatio perficitur, cum donator, & donatarius in rem donatam conſenſerunt, *text. hic.* & ſicut emptio, venditio ſtatim producit actionem, ita donatio parit conditionem ex lege. *Schneid. n. 4. hic.*

Dico *conditionem ex lege*; toties enim condictio ex lege applicatur, quoties Jura dant actionem, & nomen actionis non exprimunt. *tot. tit. ff. de condict. ex lege Zoëſ. ibid. Mant. n. 24. hic.*

Ad verſ. Et cum retro.

Dictum eſt, perfici donationem, ſive in, ſive ſine ſcriptis aliquis declaraverit ſuam voluntatem. Hoc tamen limitatur, ut tum demum procedat, ſi donatio conſiſtat in ſumma legitima, & legibus approbata quantitate. Olim enim aliquis non potuit ultra ducentos ſolidos donare ſine inſinuatione *text hic.* Hodie autem *Imperator* conſtituit, quod aliquis quingentos ſol dos donare poſſit ſine inſinuatione; quod ſi autem donatio excesſerit 500. ſolidos, tunc inſinuatio neceſſaria ſit *text. hic.*
12 & in *l. 36. Cod. de donat.* Nomine autem 500. ſolidorum hodie communiter 500. aurei, ſeu mille Imperiales intelliguntur. *Fünfterwald lib. 4. obſ. 21. n. 2. P. Engel ad Jus Can. de donat. §. 1. n. 7. Gail. 2. obſ. 39. n. 2. & 3.*

Inſinuatio nihil eſt aliud, quam facere donationem redigi in ſcripta, & acta publica coram Judice, ſive (ut hodie dicimus) in Prothocollum, quando nimirum donator coram Judice declarat ſuam voluntatem donandi, petitque aſſenſum, & authoritatem Judicis interponi. *Schneid. hic n. 8.* Ratio hujus inſinuationis conſiſtit tum in excludendis fraudibus, quæ in rebus majoris momenti frequenter contingunt; tum, ut Jura provideant, ne quis facile effundat ſuum per viam indiſcretæ donationis. *Zoëſ. ff. h. t. n. 42. Mant. n. 29. & ſeqq.*

Q. II. *Quid ſi donatio prædictam ſummam excedat, vitiabiturne tota donatio, vel tantum quoad exceſſum?* ℞. vitiari tan-

tantum quoad exceſſum, ita aperte ſtatuit, *l.* 34. *C. h. t.* Ratio est quia utile per inutile non vitiatur in ſeparabilibus. *c.* 37. *de R. J. in* 6. *Schamb. q.* 2. *Mart. n.* 38. *Carpzov. p.* 2. *Conſt.* 12. *def. ut.* 17.

Ad verſ. Sed, & quaſdam.

Dicit *Imperator*, ſe quaſdam donationes inveniſſe, quæ non deſiderant inſinuationem, ſed abſque ea, licet 500. ſolidos excedant, ſuam obtinent firmitatem.

13 Qualis eſt I. Quæ eſt facta pro redemptione captivorum. *l. ſi quis.* 36. *C. de donat.* Ratio eſt favor captivorum.

II. A neceſſitate inſinuationis eximitur donatio ab Imperatore, vel Imperatori facta. *d. l.* 34. & *auth. Item a privatis. C. h. t.* Princeps enim legalibus ſolemnitatibus ſolutus eſt. *l.* 31. *ff. de LL. Schneid. n.* 10. *Mart. n.* 46. *Sichard. in d. l.* 34. *n.* 18. *Berlich. p.* 3. *concluſ.* 4.

III. Ab inſinuatione immunis eſt donatio pro domo ruinoſa, collapſa, vel exuſta reparanda facta. *d. l.* 36. *C. de donat.* Ratio, quia Reipublicæ intereſt, ne ruinis ædium deformetur publicus urbis aſpectus. *l.* 2. *C. de ædif. privat. Mart. n.* 48. *Chlengenſp. q.* 19. *h. t.*

IV. Inſinuatio non requiritur in donatione remuneratoria, quatenus merita non excedit, cum eatenus non poſſit videri temere facta, etiam excedens ſummam 500. aureorum, eo quod cauſa ſubſit, ob quam eſt facta. *Zoeſ. ff. h. t. n.* 43. *Sutting. in M. S. lit. D. v. Donatio.* Ubi tamen notandum, nudam meritorum aſſertionem hac in parte non ſufficere, niſi probentur, vel ſaltem in ſpecie exprimantur. *l. etiam* 15. §. *ex præterito. v. multa. ff. de manumiſſ. vindict. Finſterwald. loc. cit. n.* 9. ubi plures allegat. Sane, ſi donatio remuneratoria merita notabiliter excedat, ſine inſinuatione non procedit, quia ceſſat ratio, quod ſit meritorum compenſatio. *Schneid. n.* 35.

V. Sine inſinuatione procedit donatio reciproca, quia ceſſat ratio, quod donator depauperetur. *Schneid. n.* 36. *Mart. n.* 12.

VI. Inſinuari non debet donatio propter nuptias. *Schneid. n.* 32.

VII. In donatione plurium rerum diverſis temporibus ab una perſona in alteram facta inſinuatio non exigitur, quamvis ſingulæ res coacervatæ ſummam 500. ſolidorum excedat. *l.* 34. §. 3. *C. d. donat.* Ratio: quia plures intelliguntur eſſe donationes, quam una. *Franc. Inſt. t. h. n.* 11.

De *Jure Auſtriaco* (præſertim inter perſonas illuſtres) inſinuationes donationum non obſervantur, teſte *Sutting. loc. cit. lit. D. v. Donatio. Finſterwald. lib.* 4. *obſ.* 21. *n.* 16. 14

Ad verſ. Alia inſuper.

Præter hactenus enumerata dicit *Imperator*, quod multa alia adhuc ad uberiorem exitum, & robur donationum invenerit, quæ tamen hic non explicat, ſed alio reſervat, eo quod primis Juris elementis non omnia inſerenda ſint,

ne rudis, & infirmus ſtudentis animus multitudine, ac varietate rerum nimium oneretur. *Mam. n.* 52.

Ad verſ. Sciendum.

Quandoquidem *ſupra* diximus, donationem inter vivos ſemel perfectam, non poſſe ſine cauſa revocari. Ideo nunc

15 Q. III. *Quæ ergo ſint juſtæ revocandi cauſæ?* ℟ Donationes inter vivos ex cauſa revocari, vel pro parte, vel in totum. Pro parte revocantur, ſi ſint inofficioſæ, h. e. ſi ſint tantæ quantitatis, ut non ſit ſalva, ſi tunc moreretur donans iis, quibus debetur legitima, *l.* 2. 3. *C. de inoff. donat.* tunc enim revocatur poſt mortem donantis in tantum, in quantum deſideratur, ut ea ſalva ſit, *l.* 1. 2 *&* 3. *C eod Schamb. q.* 5. *hic Gail.* 2. *obſ.* 38 *n.* 26. *Vinn* 2. *ſelect. quæſt. c.* 33. *Franz. h. t. n.* 14. *Zoeſ. h. t. n.* 76.

In totum revocatur donatio, ſi ingratus exiſtat donatarius, *l. ult. C. de revocand. donat.* indignus enim cenſetur beneficio, qui eodem abutitur cum diſpendio largitoris, & durum eſt ab ingrato malis affici.

Cauſæ autem ingratitudinis ſequentes recenſentur. *d. l. ult. C. de revoc. donat.* I. Si donatarius atroces injurias verbales effuderit in donatorem. II. Si impias manus eidem intulerit. III. Si vitæ donatoris ſtruxerit inſidias. IV. Si bonis ejus grandem jacturæ molem ingeſſerit. V. Si conventiones in donatione appoſitas donatarius non impleverit. Comprehenduntur hæ cauſæ his verſibus:

Ingratum faciunt atrox Injuria, Damnum,
Impia Dextra, Fides fracta, pericla Necis.

16 *Notandum*, quod Jus revocandi donationem propter ingratitudinem ex parte donatoris, & donatarii ſit ita perſonale, ut nec hæredibus, nec contra hæredes detur. Itaque, ſi donatarius ingratus moriatur, antequam donatio ab ipſo revocata ſit, ab ejus hærede revocari non poterit. Ratio vera, & fundamentalis eſt: quia iſta revocatio eſt quædam facultas, actio, & obligatio, deſcendens ex delicto ad vindictam, quæ non tranſit ad hæredes active, nec paſſive. *l.* 11. *C. ex delict. defunct. Gomez tom.* 2. *c.* 4. *n.* 14. ℣. *item adde.* Ratio alia: quia pœnæ, & delicta ſuos tantum authores tenere debent. *Engel de donat n.* 20.

Similiter, ſi econtra donator moriatur, priuſquam donationem revocaverit, hæredibus ejus revocandi nullum jus eſt *per apert text. d. l. ult. C. de revoc. donat. Hoc tamen uſque ad primas perſonas tantummodo ſtare cenſemus, nulla licentia concedenda donatoris ſucceſſoribus hujuſmodi quærimoniarum primordium inſtituere.* Ratio: quia donator tacendo videtur injuriam remiſiſſe, & licet iſtam conſtitutionem locum habere, patet *Schamb. hic pag.* 321. ſive donator ingratitudinem donatarii ſci-

ſciverit, ſive ignoraverit, & hoc in ſtricto jure defendi poſſit, tum quod *textus* generaliter loquens, generaliter ſit intelligendus, tum quod omnis actio deſcendens ex delicto perſonalis ſit.

Communiter tamen *limitatur* procedere, ſi donator injuriam ſciverit, & revocandi tempus habuerit; non vero, ſi injuriam ignoraverit, & morte præoccupatus, revocare donationem nequiverit, hoc enim caſu ceſſat ratio præſumptionis. Ita *Engel loc. cit. n.* 20. *Gomez l. c. Schneid. n.* 12. *Franz. n.* 16.

17 Q. IV. *Quenam donare poſſint?* ℞. Omnes, qui liberam habent ſuarum rerum adminiſtrationem; hinc excluduntur *pupilli, minores, furioſi, prodigi*, quibus bonis interdictum eſt, &c. *filiusfam.* quoque extra peculium caſtrenſe, vel quaſi abſque conſenſu patris donare non poteſt, quia præjudicaret patri, vel in proprietate, vel ſaltem uſufructu. Conſenſu tamen patris recte donat, quia ceſſat ratio. *l. 2. ff. de donat. Schneid. n.* 47. *& ſeqq.*

18 Q. V. *Quibus donari poſſit?* ℞. Cuilibet inter vivos donari poſſe, niſi per legem prohibeatur, adeoque non ſolum *amicis & bene meritis*; ſed etiam *ignotis, & extraneis honeſtis, & inhoneſtis* perſonis, adeoque meretricibus, & concubinis recte donatur. *l. in extraneos.* 29 *C. de donat. l. affectionis.* 5. *l. donationes in concubinam.* 31. *ff. h. t.*

Item donari poteſt non ſolum præſenti, ſed etiam abſenti, *l. nec ambigi.* 6. *C. h. t. & l.* 10. *ff. eod.* per Epiſtolam *l. ſi aliquid.* 13. *C. eod.* per nuntium, vel per aliam interpoſitam perſonam *l. etiam.* 4. *ff. eod.* Ratio eſſe videtur, quia hodie donationes non debent amplius fieri per ſtipulationem, ſed nudo perficiuntur conſenſu; *Gomez var. reſol. de donat. n.* 1. *Harp. n.* 22. *Schneid. n.* 56. Talis autem donatio firma non eſt, donec abſens voluntatem donatoris ratam habuerit, *d. l. abſenti.* 10. *ff. h. t.* ad donationem enim requiritur acceptatio *Harp. n.* 22. §. 2. *h. t.*

Prohibetur tamen I. miles donare ſuæ ſocariæ, ſeu concubinæ. *l. 2. C. de donat. int. vir. & uxor.* Quod *Schneid. n.* 56. etiam ad Doctores & Advocatos protrahit, cum & hi militare dicantur. *l. Advocati.* 24. *C. de Advocat. divſ. jud.*

II. Donatio ſimplex inter virum, & uxorem non valet. *l. 1. & 2. §. ſciendum. & tot. tit. ff. Cod. &* ⅀ *de donat. inter vir. & uxor.* Ratio, ne mutuo amore conjuges invicem ſpolientur per donationes, quia ſæpe contingeret, ut matrimonia ſortirentur malos exitus, ſi non donaret is, qui poſſet, & ſic fierent matrimonia venalia. *l. 1. & 2. ff. eod.* Eſt autem concordia conjugalis omni lucro præferenda. *l. 5. C. de ſubſt. & Inſt. h. t. Schneid. n.* 57. *Harp. n.* 28. 19

Limitatur, ut procedat hæc *concluſio*. I. Si donator efficiatur pauperior, & accipiens locupletior. Unde ſi donans non fiat pauperior, & accipiens locupletior, valet donatio. Hinc, ſi conjuges reciproce ſibi invicem donarint, valet donatio, quia ceſſat ratio ne una pars fiat pauperior, & altera locupletior. *l. quod autem* 7. § 2. *ff. de donat. inter vir. & uxor. Schneid. n.* 61. Pauperior autem donans, & locupletior donatarius fieri dicitur, ſi ille unus, 20

nus, hic vero plus habere incipiat. Unde ſepulturæ cauſa conjugi datum tenet, *l. 5. § conceſſa ff. de donat inter vir. & uxor.* quia licet expendiſſet de ſuo; ex hoc tamen, quod non expenderit, non tam cenſetur factus ditior accipiens, quam non pauperior. Idem erit, ſi alteri ab altero datum, ut apud eum non remaneat. *l. ſive uxor. 34. ff. eod.* Acceptum quoque & utiliter expenſum facit ceſſare prohibitionem, cum non ſit, quod repetatur. *l. 31. §. 9. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Hinc & non incidit in prohibitionem repudiatio hæreditatis, aut legari per alterum conjugem in favorem alterius, *d. l. 5. §. 13. & 14.* cum licet alter fiat ditior, non tamen & alter fit pauperior, *l. 6. ff. quæ in fraud. Credit.* cum legatum, aut hæreditas, antequam acceptetur, in bonis noſtris non ſit. *Vide Zolſ. ff. de donat. inter vir. & uxor. n. 21.*

Limitatur II. Si fiat gratia honoris, vel dignitatis adipiſcendæ *l. quod adipiſcendæ, 40. ff. eod Engel n. 1. b. 1.*

Limitatur III. niſi ſit donatio mortis cauſa, nam hæc inter conjuges valet. *L. 9. § 2. ff. eod. Schneid. n. 60.*

Limitatur IV. niſi donator in eadem voluntate perſeveraverit usque ad extremum vitæ ſpiritum, tunc enim morte donantis confirmatur. *c. fin. h. t. b. 1. l. cum hic. ſtatus. 32. in pr. & § 1. & 2. de donat. inter vir. & uxor.* Ceſſat enim ratio prohibitionis, ne conjuges mutuo amore ſpolientur. *Zolſ. n. 20. Schneid. n.* 59. plures limitationes vide in *Zolſ. ff. de donat. inter vir. & uxor. Schneid. loc. cit. Engel loc. cit.* latius enim in hanc materiam excurrere prohibet inſtituti ratio.

De *conſuetudine Auſtriæ* donationes 21
inter conjuges, ſtante matrimonio factæ, indiſtincte valent. Ita teſtatur ex *Walter de Jure conſuetud lib. 3 tit. 17. Finſterwald. lib. 3. obſ. 22. n. 10. his verbis*: Wiewohl denen geſchriebenen Rechten nach Schänckhuſſen, Ubergaben, und Donationen denen Eheleuten in währendem Eheſtande verbotten, ſo iſt doch das Widerſpiel von unerdencklichen Jahren her in unſerem Ertz-Hertzogtum Oeſterreich unter der Ennß üblich gehalten, und practiciret worden.

Q. VI. *An donatio omnium bonorum,* 22
tam præſentium, quam futurorum valeat? Pro negativa, Marpeſia firmiores tuperſtant. *Gomez ad leg. Tauri 69. n. 1. Schneid. n. 86. h. t. Fachin. l. 6. cont. 87.*

I. In eo ponunt fundamentum, quod per donationem omnium bonorum, tam præſentium, quam futurorum reſtringatur libertas teſtandi, cum nihil amplius haberet donator de quo teſtari poſſet, atqui libertatem teſtandi nemo poteſt ſibi reſtringere, teſtamenti enim factio eſt Juris publici. *l. 3. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Juri autem publico per privatorum conventiones derogari non poteſt; Ergo. &c.

II. Ita adornant: Donatio omnium bonorum eſt contra bonos mores, quia inducit votum alienæ mortis, donatarius enim vitæ donatoris ex hoc capite inſidiari poteſt, ne forte ob nativitatem liberorum revocaretur donatio.

III Exinde depromunt; quia donatio, ſi non eſt contractus, ſaltem eſt pactum legitimum; ſed pactis neque dari poteſt, neque adimi hæreditas; *l. 5. l. ult. C. de pact.* Ergo non valet om-

omnium bonorum donatio, univerſa enim bona nihil aliud ſunt, quam hæreditas.

IV. Fundamentum taliter effingunt; in *l. ſi libertus* 16. §. 1. *ff. de Jure patronat.* circa finem dicitur: *Magisque eſt, ut omnium rerum alienatio facta nullius momenti ſit*; ergo etiam donatio omnium bonorum nullius momenti erit, cum ſit quædam alienatio.

Verum, his nihil in contrarium refragantibus teneo, valere donationem omnium bonorum, tam præſentium, quam futurorum. Ita *Harp* §. 2. *Inſt. h. t. Schamb hic. n.* 3. *Hunn. var. reſol. lib.* 2. *tract.* 4. *quaſt.* 7. *Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *diſp.* 19. *th* 5. *lit. C. & D. Zoeſ ff. h. t. n* 28. *Maſcard. de probat. vol* 3. *concluſ.* 1120. *Gail lib.* 2. *obſ.* 11. *n.* 10. *Perez in C. h. t. n* 18.

Moveor I. hac ratione: quia quilibet dominus diſponere poteſt pro libitu de rebus ſuis, & præſentibus, & futuris, niſi lege prohibeatur: ergo etiam de omnibus bonis per donationem quis poterit diſponere, quia non eſt lex id prohibens. *Antec.* quoad res præſentes probatur per *l.* 21. *C. Mandat.* quoad res vero futuras patet ex *l. fin C. quæ res pig. obligari*. Ubi dicitur: quod res futuræ pignori obligari poſſint; ergo poterunt etiam res futuræ per donationem alienari; quia ubi conceſſa eſt obligatio, ibi & alienatio permiſſa eſſe intelligitur *l. ult C. quæ res pig. obl. poſſ. Schamb. & Harp. loc. cit.*

Moveor II. per *l.* 35. §. 4. *C. de donat.* Ubi valet univerſitatis donatio, ſi non de inofficioſis donationibus ratio reclamat; ſub univerſitate autem continentur omnia bona; ergo valet donatio omnium bonorum. *Zoeſ. loc. cit.*

Moveor III. per *l. Si unquam* 8. *C. de revoc. donat.* his verbis: *Si quis omnia bona donaverit*, ecce! per ly *omnia bona*, textus abunde annuit donationem omnium bonorum valere.

Dices, iſti *textus*, & rationes ſunt tantum intelligendi de bonis præſentibus, non autem futuris; ergo, licet donatio omnium bonorum præſentium valeat: non tamen valet futurorum.

Verum contra ſic *argumentor*: Quidquid Jus naturæ concedit, & quidquid conceſſum, permiſſumque eſt legibus, id ſemper & indefinite intelligitur conceſſum; niſi, in quantum a legibus, & moribus eſt reſtrictum; atqui nos poſſe donare eſt naturale, § *per tradit.* 40. *Inſt. de R. D.* & inſuper legibus conceſſum, *dd. text.* nec Jus donandi reſtrictum eſt ad omnia bona tantum præſentia, ergo non præſentia duntaxat, ſed & futura bona donare licet.

Ad I. ℞. I. Per donationem omnium bonorum libertatem teſtandi tolli non directe, ſed tantum indirecte, & conſecutive, quatenus incipit donator nihil amplius habere. Deinde, licet quis non poſſit ſibi adimere libertatem teſtandi directe, *l.* 61. *ff. de V. O.* per indirectum tamen poteſt; ſic enim is, qui Monaſterium ingreditur, ſe ſe facultate teſtandi privat. Item etiam is, qui ſe atrogari ab alio patitur, facultatem teſtandi amittit; nec tamen quis dixerit, ingreſſum in religionem vel arrogationem eſſe contra bonos mores. ℞. II. Regulam, quæ dicit, neminem ſibi poſſe adimere facultatem teſtandi, ita eſſe intelligendam, ut ſenſus ſit:

 quod

quod nemo, qui bona habet, aliqua conventione, vel pacto, ne de bonis diſponat, vel a diſpoſitione ſemel facta recedat, conſtringere ſe poſſit, quia ultimæ voluntatis debet eſſe liber ſtylus. Cæterum vero non videtur prohibitum tale facere, ut teſtari quidem poſſit, ac licentiam habeat; nihil tamen ſuperſit, de quo teſtari poſſit, licet enim aliquis fiat pauper, & inops, nec ſuperſit, de quo teſtaretur, nemo tamen dixerit, ei ademptam eſſe libertatem teſtandi. Accedit, quod bona ad teſtamenti factionem præciſe non requirantur, nam, licet teſtator nihil in bonis habeat, poteſt tamen filio ſuo pupillariter ſubſtituere, eique tutorem dare, & ſic tale teſtamentum non erit penitus inutile. R. III. Quod libertas etiam de bonis teſtandi non omnino tollatur per donationem omnium bonorum, præter hoc enim, quod donatio ob ingratitudinem donatarii revocari poſſit, donatori poſſunt adhuc bona obvenire, de quibus ei teſtari liceat, v. g. ſi donatarius acquirendi redderetur incapax, vel ſi quis ea lege donaret, ne ad donatarium perveniat.

Ad II. Dico, quod imprimis donatio omnium bonorum votum captandæ mortis non inducat, vel enim hujusmodi donatio *pura* eſt, vel *conditionata*? Si pura eſt, ſtatim eſt perfecta, & donatarius per condictionem ex lege res donatas condicit, nec opus eſt morte donatoris. Si conditionata eſt, intereſt donatarii diu vivere donatorem, cum eo plus acquirat, quo diutius vivit donator, qui non ſibi, ſed donatario acquirit. Deinde, quod adverſarii fingere velint, donatarium inſidiaturum donatori, ne propter ſupernaſcentiam liberorum revocetur donatio, id futile eſt, ſic enim nec fideicommiſſa, nec primogenia ſubſiſterent. Accedit, quod nihil tale de donatario ſuſpicari ſinat beneficium in ipſum collatum, præſertim cum quilibet præſumatur bonus, donec probetur malus. Denique iſta præſumptio poſſet in qualibet donatione militare, quia quælibet ob ingratitudinem revocari poteſt.

Ad III. Repono, *neg. ſuppoſ.* quod in donatione omnium bonorum detur hæreditas. Hæc enim omnia commoda, & incommoda continet; Donatio vero mera commoda complectitur. Ecce? ſi paciſcor tecum, ut me hæredem ſcribas, hoc pactum non valet, quia inducit votum captandæ mortis, ne ex tua adminiſtratione aliquo modo minuantur bona, & ut brevi acquiram hæreditatem. Si dones mihi, res ſecus eſt, quia vel donatio incipit a traditione, vel a promiſſione. In priori caſu rem ſtatim acquiro; in poſteriori rem donatam condico per conditionem legis; ergo in utroque caſu ceſſat votum captandæ mortis.

Ad IV. Dico, in *l.* 16 §. 1. *ff. de Jure Patron* non idcirco donationem nullius momenti eſſe, quia de omnibus bonis facta, ſed quia in fraudem legis, quæ vetat, ne libertus ſe centenario minorem faciat.

Nota: Si quis bona omnia ſimpliciter donet, non abjecta clauſula præſentium, & futurorum, futura non continentur, ſtricti enim Juris eſt donatio, *l.* 22. *ff. h. t.* Adeoque non extenditur ultra id, quod actum eſt.

Zoiſ

Zoeſ. ff. h. t. n. 29. Idem eſt, ſi quis bona ſua ſimpliciter donaverit, Jura, obligationes, nomina debitorum donaſſe non intelligitur. *Zoeſ. ibid Schneid. n.* 90. Ratio: quia ſub nomine bonorum Jura, actiones, & obligationes non continentur. Vide *Gail. lib. 2. obſ.* 11. *n.* 9.

23 Q. VII. *An donatio inter vivos, præter enumeratas ſupra quinque cauſas, adhuc ob alias æque graves, vel graviores revocari poſſit?* Quamvis *affirmativam* communem aſſerat *Rachov. ad Treutl. vol. 2. diſp. 19. th. 7. lit. B.* eumque ſequatur *Gomez. loc. cit. n.* 14.

Verior tamen, & Juri conformior eſt *negantium* opinio, quam tenent *Zoeſ. n.* 90. *Hunn ad Treutl. d. loc. & var. reſol. pag.* 516. *Probatur* ex *l. fin. C. de revoc. donat.* ex *his enim* (ait textus) *tantummodo cauſis donationes reverti concedimus.* Accedit, quod odia ſint reſtringenda, & favores amplianda.

Obj. Sic manerent majora delicta impunita, quod abſurdum foret, ergo idem dicendum de gravioribus, vel æque gravibus delictis. *R.* Si delicta majora ſint, publicam de iis pœnam ſumi poſſe. Nos, cum quinque dumtaxat cauſas habeamus præſcriptas, propria authoritate, & ſine lege pœnalia ſtatuere non decet.

Illud non ignorandum, propter ingratitudinem non alia revocari, quam ea, quæ eo tempore, quo ingrati agitur, ſunt penes donatorem. Si ante ingratitudinem deſiit aliqua poſſidere, vel alienando, vel vendendo, vel permutando, ſive in dotem dando, ea non revocantur per *expreſſ. text. l. 7. C. de revoc. donat.*

Quod ſi res donata pignori fuerit ſuppoſita, donator dominium rei acquirit, ſed cum ſuo onere hypothecæ. *Zoeſ. ff. h. t. n.* 101.

Idem eſt de fructibus, nam illi duntaxat, qui tempore donationis extant, reſtituendi ſunt. *Zoeſ. d. loc. n.* 102.

Q. VIII. *An donatio, ob inſperatam liberorum nativitatem, revocetur.* Tametſi *negativam* acriter propugnent *Harp. §. 2. loc. n.* 184. *Rachov. vol. 2. d. 19. th. 7 lit. B.* 24

Mihi tamen *affirmantium* opinio ſemper viſa eſt veriſimilior, eamque docent *Gomez tom. 2. c. 4 n.* 11. *Zoeſ. ff. h. t. n.* 117. & 127. *Harp. loc. cit. Hunn var. reſol. p.* 520. *Fach. l. 3. c.* 85 *Engel de donat n.* 17. *Myning cent.* 5. *obſ.* 63. Probatur per *diſertum text. l. ſi unquam.* 8. *C. de revoc. donat.* ubi in hæc verba reſcribitur: *Si unquam libertis Patronus, filios non habens, bona omnia, vel partem eorum donaverit, & poſtea ſuſceperit liberos, totum, quidquid largitus fuerat, revertitur.*

Non *obſtat*, quod adverſarii regerant *textum* loqui de Patrono donatore, & liberto donatario, ut proinde mirum non ſit, quod ob ſupervenientiam liberorum retractetur donatio; quia aliunde Patronus inæſtimabile beneficium, ſcilicet libertatis in libertum contulit, ut proinde, cum hæc ratio in aliis perſonis locum non habeat, hujus legis conſtitutio ad alias perſonas extendi non debet. Nam

Contra eſt l. Quod ratio legis, non verba inſpicienda ſint, non enim poſſunt omnes articuli legibus comprehendi. *l. 12. ff. de ll.* Sed ratio le-

gis

gis æque facit in caſu, quo non donatur a Patrono liberto, quam diverſo; ergo. Ideo enim a Patrono revocari poteſt donatio ob ſupervenientiam liberorum, quia pater non præſumitur voluiſſe proprio ſanguini extraneos anteferre, *l. 102. ff. de condit. & demonſt. l. generaliter. 6. C. de Inſt. & ſubſt. l. 30. C. de fideicommiſſ.* Adeoque ſub iſta tacita conditione donaſſe præſumitur, ut, ſi liberi poſtea nati fuerint, donatio ad ſe, ſuosque liberos revertatur; atqui hæc ratio non duntaxat militat in caſu, quo a Patrono liberto donatur; ſed etiam eo, quo ab aliquo alio omnibus aliis donatur, ergò cum ratio legis ſit generalis, conſtitutio quoque generalis ſit neceſſe eſt.

Contra eſt II. Si ideo Patronus poteſt revocare donationem, quia inæſtimabile beneficium in libertum contulit, ſequitur, quod donationem illam, quam liberis jam natis fecit, revocare poſſit: conſequens eſt falſum; ergo & principium, unde ſequitur.

Non *adverſatur*, quod ea ipſa ratio in legatis quoque, & fideicommiſſis obtineat. *l. 30. C. de fideicom.* Et tamen legata, & fideicommiſſa non revocantur, quando poſt teſtamentum confectum liberi ſupervenerunt. Nam R. diverſam eſſe utriusque rationem. Vel enim teſtator vivit, ſi ei liberi superveniant, vel non vivit? Si vivit, legata, & fideicommiſſa revocare poteſt, quia voluntas hominis eſt ambulatoria usque ad extremum vitæ ſpiritum. *l. 4. ff. de ademend. & transferend. legat.* Si deceſſit, tunc poſthumi nativitate rumpunt teſtamentum, & juxta multos legata, & fideicommiſſa corruunt. *Harp. n. 91.*

Movet præterea *text. in can. ult. cauſ. 17. q. 4.* ubi dicitur donationem liberis, nondum natis, factam retineri poſſe Jure *fori*, non Jure *poli*, liberis poſtea ſupervenientibus; ergo ſaltem in foro externo non revocabitur. R. Quod in *d. text.* Auguſtinus non referat Jus, quod ſuo tempore obtinuit, ſed quo tempore Carthaginenſis illius Epiſcopi, cujus ibidem meminit, viguit. Fieri autem potuit, ut Epiſcopus ille multo ante *Auguſtinum*, & *Imperatorem Conſtantinum* (AA. & conſtitutores *d. l. 8.*) vixerit, ac proinde per Jus fori intelligatur illud Jus, quod Conſtantinum, & Conſtantium præceſſit. Ita *Hunn. var. reſol. loc. cit.* ✠. *ad 23.*

R. II. Quod iſte *canon* intelligi poſſit de ſpontanea redditione, ut ſcilicet Epiſcopus donationem ſua ſponte reddere non teneatur in foro fori; ſed poſſit expectare, donec per conditionem a donatore revocetur, non autem de redditione coacta per actionem, tunc enim res donatas reddere in utroque foro tenetur. *Harp. n. 199.*

§. Eſt & aliud. 3.

25 Ad impropriam donationem tanquam ſpecies reducitur donatio propter nuptias, quæ communiter *definitur* quod ſit *aliud, quo uxori in ſecuritatem dotis Jus in bonis quibusdam mariti a marito conſtituitur. Franz. Inſt. h. t. p. 3. § 4. n. 4.* vulgo vocatur, die Wider-Lag, quaſi contra dos, olim vocabatur

batur donatio ante nuptias *text. hic.* & debebat fieri ante contractum matrimonium.

Hodie autem, & de Jure novo ex conſtitutione *D. Juſtini* fieri poteſt tam ante, quam poſt contractas nuptias. *text. hic.* Ita tamen, ut tam in quantitate, quam pactis ei adjectis, æqualis ſit doti *l. 9. & auth. æqualitas. C. de pact. convent. h. e.* ut donatio propter nuptias, quoad quantitatem, non excedat, aut præcellat dotem. Item pactum de lucranda dote etiam extendatur ad donationem propter nuptias, licet de hac lucranda pactum interpoſitum non ſit, ratio tum ut ſervetur æqualitas, tum quia dos & donatio propter nuptias dicuntur eſſe duo correlativa, quorum ea natura eſt, atque indoles, ut ſtatutum in uno, cenſeatur ſtatutum & in altero *l. 9. & auth. æqualitas. C. de pact. convent. Schneid. n. 4. hic.*

Verum hæc æqualitas moribus noſtris non attenditur, & in uſu eſſe deſiit, liberumque eſt cuilibet matrimonium contrahendi, pro lubitu uxori ſuæ in compenſationem, & ſecuritatem dotis conſtituere donationem propter nuptias, quæ quandoque ipſa dote duplo major eſt. *Gail. l. 2. obſ. 78. n. 2. Carpzov. p. 2. conſt. 42. defin. 1. n. 5. Walter de Jure conſuet. Auſt. l. 2. tit. 26* his verbis: Wiewohlen die geſchriebene Kayſerl. Rechte vermögen, daß die Widerlegung dem Heyrat-Gut in allem gleich: und keines mehr, oder höher, als das andere, ſeyn ſolle; jedoch wird in dieſem Lande mehrmals das Widerſpiel beredet, und beſchloſſen, dann einem Bräutigam unverwehret, ſeine vertraute Spons mit mehrerer Widerlegung, als ihr zugebrachte Heim-Steuer vermag, zu betreuen.

Ad donationem propter nuptias 26
quoque ſpectat *ſponſalitia largitas*, & *Morgengaba.*

Morgengaba *definitur*, quod ſit *donatio, qua maritus poſt primam noctem, uxori oblatam virginitatem remuneratur, eamque ſolatur.* Enim vero ea matrimonii natura eſt, atque indoles, ut non ſtatim obliget ad reddendum debitum conjugale, ſed demum poſt lapſos duos menſes. *c. 7. X de converſ. conjug.* Si tamen uxor prima ſtatim nocte in vota mariti naviget, præmium bonæ voluntatis meretur, quod noſtris *Morgengaba* dicitur.

Sponſalitia largitas nihil eſt aliud, 27
quam munus ſponſalitium, quod ſponſi, mutuæ benevolentiæ gratia, ſibi invicem donant propter ſolam affectionem, & ſpem futuri matrimonii. *Perez. ad Cod. de donat. ante nupt. n. 11.*

De Jure antiquo ſponſalitia largitas vera, pura, & propria erat donatio, ita, ut licet nuptiæ ſecutæ non fuiſſent, revocari tamen non potuerit. *l. 8. C. de donat. ante nupt.*

Verum poſtea placuit *Conſtantino Imperatori*, ut ſponſalitia largitas ſemper imbibat tacitam conditionem, *ſi nuptiæ ſecutæ fuerint*; *l. 15. C. d. t.* donat enim procus puellæ eo animo, atque ea conditione, ut tunc demum valeret donatio, ſi futura ſit uxor. *Mynſing. Inſt. hic. Marz. n. 10.* Unde

Infero: Si nuptiæ abſque culpa do- 28
nantis ſecutæ non fuerint, poſſit do-

 nans

nans omnia, quæ ſponſæ donavit, repetere. *d. l.* 15.

Dico: *Sine culpa donantis*, hic enim ſi in culpa ſit, quia recuſat contrahere, quæ donata ſunt, repeti nullo modo poſſunt, *d. l.* 15. Secus, ſi nuptiæ utriusque conſenſu ſecutæ non fuerint, hoc enim caſu totum, quod datum eſt, reſtituitur donanti. *arg. l.* 14. *C. d. t.*

Quid, ſi caſu, puta, mortalitatis impediatur matrimonium? ℞. Intereſſe, an oſculum intervenerit, nec ne? Si prius ſponſus, vel ejus hæres ſolummodo dimidiam partem ejus, quod donavit, repetet; ſponſa vero, ejusque hæres indiſtincte totum. Si poſterius totum, quod donatum eſt, reſtituitur, ſive ſponſus, ſive ſponſa donaverit. *l.* 16. *C. d. t.* Sed (am) quæ eſt ratio, quod oſculum, ſponſæ fixum faciat dimidium donationis perdi? ℞. Quia oſculum eſt quaſi initium conſummationis nuptiarum, & aliqualis fruitio ſponſæ. *Perez loc. cit. n.* 13. vide quoque hac de re differentes *Gomez ad leg. Taur.* 51. *n.* 6. & *l.* 32. *n.* 6. *Sanchez de matrim. lib.* 6. *diſp.* 18. *n.* 13. *Menoch. lib.* 2. *præſumpt.* 10. *n.* 1.

Porro cum *Proxeneticam* nuptialem donationis quoque ſpecies ſit, ideo ſcias (velim) illud nihil eſſe aliud, quam premium, quod iis decernitur, quorum opera nuptiæ conciliatæ. Solent enim plerumque in contrahendis ſponſalibus mediatores intervenire, quorum ſagacitate, & ſolertia ea, quæ negotio remoram injiciunt, removentur. Hi plerumque, dum munere ſuo ſtrenue funguntur, dum dotes ſponſi, vel ſponſæ impenſe laudant, divitias jactitant, venuſtatem extollunt, pietatem commendant, ob navatam bene operam honorario donantur, quod *Proxeneticum* latinis dicitur, & ſolet id manu eo liberaliori porrigi, quo liberaliores ipſi fuerunt in fingendo, & mentiendo. Tu id genus hominibus non facile fidem adhibe, ſpe enim lucri allecti, nihil non mentiuntur, ut nuptias perſuadeant, & experientia ſane multos docuit, quod pro Diana tanam ceperint, & pro Minerva cervam venati ſint, dum proxeneris cornua inflantibus ad venationem conjugum fide faciles proceſſerunt.

TITULUS VIII.

Quibus alienare liceat, vel non?

SUMMARIA,

1. *Maritus non poteſt fundum dotalem alienare.* 2. *Maritus an vere ſit dominus dotis?* 3. *In quibus caſibus procedat alienatio dotis?* 4. 5. *Quando poſſit alienari pignus?* 6. *An pupillus poſſit dare mutuum?* 7. *Debitor non recte ſolvit pupillo.* 8. *Nec pupillus creditori.*

Actum de modis dominium acquirendi; cum autem domini effectus ſit, poſſe rem ſuam in alium alienare, idcirco juſto nunc ordine eſſlagitante, per quos dominium alienari queat, vel non, Imperator *Juſtinianus* ſubnectit.

Ad

Ad princip.

Accedit aliquando, ut, qui dominus rei ſit, alienare non poſſit; econtra qui dominus non ſit, alienandæ rei poteſtatem habeat.

1 Exemplum prioris abſolvit maritus. Hic enim, licet durante matrimonio dominus dotis ſit, prædium tamen dotale, ob prohibitionem legis Juliæ, alienare non poteſt; ratio prohibitionis eſt in *fine textus*, ne ſexus muliebris fragilitas in perniciem ſubſtantiæ earum convertatur, ratio alia: quia intereſt Reipubl. dotem mulieribus conſervari, ut eo facilius, viduæ factæ, inveniant maritum. *l. 1. ff. ſolut. matrim.*

2 Q. 1. *An ergo maritus ſit vere dominus dotis?* pro *affirmativa*. Facit I. Quod marito rei vindicatio detur ad rem dotalem amiſſam a poſſeſſore repetendam. *l. 11. C de Jure dot. l. 9. Cod. de R. V.* Ergo maritus eſt vere dominus rei dotalis, quia rei vindicatio non datur, niſi vero domino. *l. 23. & tot. tit. ff. & C. de R. V.*

Facit II. Maritus ſervum dotalem manumittere poteſt; *l. 21. ff. de manumiſſ. & l. ult. 3. C de Jur. dot.* ergo eſt vere dominus rei dotalis, quia ſolus dominus, aut lex ſervum manumittit. *l. 1. C commun de manumiſſ.*

Facit III. Quia, ſi dos ante nuptias marito data ſit, nuptiis poſtea non ſecutis dos per condictionem a marito repetitur *l 7 §. ult. ff. de Jure dot.* ex quo perſpicue liquet, maritum dotis traditione verum dominum fuiſſe effectum, alias enim non condictione, ſed rei vindicatione mulier dotem, non ſecutis nuptiis, repeteret. *Arg. §. 14. Inſt. de act.*

Facit IV. Quia nemo regulariter rei propriæ furtum committere poteſt, *l. 21. ff. commodati*; aſt uxor, dum matrimonium adhuc conſiſtit, poteſt rei dotalis facere furtum; *l. ob res amotas. 24. ff. de act. rer. amot.* ergo rei dotalis uxor non eſt domina, ſed maritus. *Hunn. var. reſolut. lib. 2. tract. 4. q. 14. Harpr. hoc. n. 14 Menz. n. 7. Schneid. hoc. Pinſſerw lib. 4. obſ. 4. n 5. Gonzalez in c 28. X de Jurejur.*

Pro *negante* opinione *facit* I. *l. 3 §. 5. ff. de minor.* ubi dos aperte dicitur proprium ipſius filiæ patrimonium. II. *l. un. §. & hoc C. de rei uxor. act.* ubi conſimiliter dos proprium uxoris patrimonium appellatur. III. *l 75. ff. de Jure dot. Quamvis* (inquit lex) *in bonis mariti dos ſit; mulieris tamen eſt.* IV. (ut plura loca ſileam) *l 30 pr. C. de Jure dot.* ubi aperte *Juſtinianus* ſcribit, res dotales, & ab initio uxoris fuiſſe, & naturaliter permanſiſſe in ejus dominio.

Sane, in hac Quæſtione exclamare poſſis, miranda novitas! ſubtilis ſubtilitas! quis eam ruminabit? Juris enim principium eſt, non poſſe duos ejusdem rei eſſe dominos, *l 5. § 30 ff. commodati.* ergo vel uxor non eſt domina dotis, vel maritus non eſt ejusdem dominus.

Varii varia, ut videre eſt apud *Hunn, loc. cit.* commentati ſunt, ut inter allegatas leges fœdus facerent. Crebrior tamen calculus AA. in eam combinationem condeſcendit, quod maritus habeat

habeat dominium civile, uxor vero naturale, ſic enim diſſerte ſtatuit, *d. l. 30. C. de Jure dot.* in qua dicitur, res dotales ab initio uxoris fuiſſe, & naturaliter in ejus dominio permanſiſſe; ergo uxor naturaliter, i. e. revera, & in effectu eſt domina dotis. Maritus vero civili quadam ratione, & fictione Juris dicitur eſſe dominus dotis, quatenus nimirum ea facere poteſt, quæ dominorum ſunt propria, v. g. *dotem amiſſam vindicare, ſervum dotalem manumittere.* Ita omnes *ſupra allegati AA. & Schneid. n. 6.*

Ex dictis habes, quod maritus ſit dominus dotis civilis, ejus tamen alienandæ poteſtatem non habeat. Verum cum hoc indiſtincte non procedat, ideo

3 Q. *An in nullo caſu marito licitum ſit alienare rem dotalem?*

℟. Cum *diſtinctione*: vel res dotalis eſt *fungibilis*, vel non *fungibilis*, ſi eſt res fungibilis, v. g. *pecunia, oleum, vinum, frumentum*, poteſt eam alienare, *l. 42. ff. de Jure dot.* ubi dicitur: *In dotem data, quæ pondere, numero, menſura conſtant, mariti periculo ſunt, quia ad hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium ſuum diſtrahat, & quandoque, ſoluto matrimonio, ejuſdem generis, & qualitatis alias reſtituat vel ipſe, vel hæres ejus.* Et ratio hujus hæc eſt: quia res in dotem ad hoc dantur, ut illis maritus utatur, fruatur pro oneribus matrimonii ſuſtinendis; *l. pro oneribus C. de Jure dot.* atqui rebus fungibilibus aliter uti, frui non poteſt, niſi eas abſumat, quia earum uſus conſiſtit in abuſu; abſumere autem non poteſt, niſi poſſit eas *alienare, diſtrahere, vendere, &c. Hunn. var. reſol. loc. cit. V. reſolutio contrariorum.*

Si res non eſt fungibilis, tunc vel eſt *mobilis*, vel *immobilis*. Si mobilis, iterum *diſtinguo*, vel eſt *ſervando ſervabilis* & *pretioſa*, veluti *gemma, &c.* & tunc non poſſunt alienari, quia immobilibus comparantur. *Schneid. n. 10.* vel ſervando non ſervabilis, & alienatio marito permiſſa eſt, quia non agit contra legem Juliam, cum ea tantum prohibeat marito alienare fundum dotalem, ſive rem immobilem. *Manz. n. 10. Harp. n. 21.*

Si res dotalis ſit immobilis, tunc eſt vel in dotem data *æſtimato* vel *inæſtimato*? Si æſtimato? refert iterum, utrum æſtimatio facta ſit, taxationis gratia, ut ſciatur, quanti, plus, vel minus, valeat res tempore reſtitutionis: ut ſic maritus cogatur reſarcire deteriorationem rei dotalis, & in hoc caſu alienare poteſt, *l. 21. C. de Jure dot.* quia non ideo datur marito, ut de ea dote pro libitu diſponat, ſed ideo, ut ſoluto matrimonio eandem uxori reſtituat, & ſi forte rem deteriorem fecerit, ut ſciatur, quantum pro compenſatione cogatur reddere maritus. *Schneid. n. 9. Chamgenſperg. l. 3. t. 6. c. 4. n. 7.*

An vero æſtimatio facta ſit per modum venditionis, ac ſi res dotalis marito eſſet vendita, & poteſt rem dotalem indiſtincte alienare. Ratio: quia æſtimatio dotis venditio eſt. *l. 10. §. 1. ff. de Jure dot.* cum rebus autem emptis poſſumus pro placito diſponere. *Schneid. loc. cit.*

Si res immobilis inæſtimato data ſit, tunc procedit conſtitutio noſtri §. & *l. un. §. 15. C. de rei uxor. act.*

Ex

Ex quibus omnibus *colliges*, quod, dum diximus, uxorem eſſe dominam naturalem, maritum vero dominum civilem, hoc intelligendum ſit de rebus dotalibus immobilibus, inæſtimato datis, harum enim uxor revera, & naturaliter domina eſt, maritus vero fictione Juris civilis quoad certos effectus, cæterarum vero rerum v. g. *fungibilium, mobilium, immobilium*, æſtimato datarum, maritus plenus dominus eſt, ita, ut quolibet de iis modo pleno Jure diſponere poſſit. Hinc enim periculum, caſum fortuitum circa eas præſtat maritus, qui, ſoluto matrimonio, non rem in ſpecie, ſed æſtimationem reſtituit. Ita *Hunn. var. reſol. pag.* 532.

Ad verſ. Cum enim.

Lex *Julia* duo duntaxat in ſe habebat, quæ ambo poſtea *Juſtinianus* correxit I. Lex Julia illas duntaxat alienationes prohibuit, quæ, invita muliere, fiebant; oppignorationes autem etiam volente, & conſentiente uxore, prohibuit. II. Tantum illarum rerum alienationem prohibuit lex Julia, quæ in Italia ſitæ fuerant.

Verum utrumque correxit Imperator *Juſtinianus* in *l. un. §. & cum lex 15. C. de rei uxor. act.* ita, ut neque alienatio, neque oppignoratio, etiam conſentiente uxore, rei dotalis fieri poſſit, quia intereſt Reipubl mulieribus dotem conſervari, cujus favori uxor ſuo conſenſu præjudicare non poteſt. *Schneid. n. 4 Menz. n.* 105. Concordat N. Oe. Land-Tafel, *l. 2. tit. 1.* Wann ein Ehe-Mann ſeiner Ehe-Frauen zugebrachte Heyratlich-liegende Haab, und Güther, ſo res dotales genennet werden, verkauffen wolte, ſolle dieſes, ob gleich die Ehe-Frau darein verwilliget, aus ſonderlich-beweglichen Urſachen, verbotten ſeyn.

Quod ſi tamen uxor alienationem fundi dotalis Juramento confirmaverit, alienatio tenet per *apert. text. cap. cum contingat* 28 ✂ *de Jurejur. Gonzalez. n.* 10.

§. Contra I.

Accidit *aliquando, ut, qui dominus ſit, alienare non poſſit*, (de quo caſu hactenus egimus) *& contra, qui dominus non ſit, alienandæ rei poteſtatem habeat*, qualis eſt creditor, qui licet dominus rei pignoratæ non ſit, illam tamen aliquando alienare poteſt; ubi

4 Q. *Quando creditor poſſit alienare pignus?* Hoc quidem *Imperator hic* non exprimit; ſed refert ſe ad conſtitutionem quandam, quæ exiſtit in *l. fin. C. de Jure dominii impetrand.* Ex qua ſic diſtingue: vel factum eſt pactum 5

inter partes; vel nullum? ſi factum eſt pactum, vel eſt factum ſuper alienando pignore, vel ſuper non alienando? ſi ſuper alienando pignore, tunc ſtatur pacto, i. e. tempore elapſo poteſt creditor in caſu non factæ ſolutionis pignus alienare ſine ulla denuntiatione debitori moroſo facta *l. ult. §. 1. C. eod. & text. hic* ubi ſimul adducitur ratio. quia nimirum voluntare debitoris intelligitur pignus alienari.

Si factum eſt pactum ſuper non alienando pignore, non valet tale pactum; *l. 4. ff. de pignorat. act.* Ratio: ne ex hoc debitor occaſionem malignandi, & perpetuo differendi ſolutionem arripiat. *Schamb. hic.* Operatur tamen tale pactum hunc effectum, quod creditor debitori debeat trinam denuntiationem facere ut ſolvat; alias pignus ſe diſtracturum, & facta trina denuntiatione, tenetur creditor per biennium expectare, ac rurſus monere debitorem, ut luat pignus. Quod ſi elapſo illo biennio, & trina denuntiatione facta, debitor nihilominus in luendo tardus, ac negligens ſit, poteſt creditor pignus diſtrahere, & libere vendere. *d. l. ult.* §. 1.

Si nihil pactum, vel conventum ſit inter partes, tunc creditor poteſt interpellare debitorem, ut ſolvat: ſecus ſe velle diſtrahere pignus, niſi fiat ſolutio. Quod ſi deinde debitor ceſſaverit per biennium a die denuntiationis, pignus creditor vendere poterit. *d. l. ult.* §. 1. *C. de Jure dominii impetr.* Si non reperiatur emptor, rurſus admonendus eſt debitor, qui ſi porro ceſſet, creditor ſibi Jus dominii in pignore impetrabit *d. l. ult.* ita tamen, ut debitor adhuc intra biennium rei oppignoratæ dominium acquirere poſſit, ſi nimirum creditori offerat debitum ipſum una cum eo, quod intereſt. Si denique intra biennium debitum non ſolverit, pleno Jure acquiritur creditori pignus *Menz. n. 31. Schmid n. 4.* De Jure Auſtriaco res paulo aliter ſe habet. Vide N. Oe. Land-Tafel. *lib. 2. tit. 3.* von Verkauffung der Unterpfand.

§. Nunc admonendi. 2.

In hoc §. Imperator redit iterum ad primam partem, & ponit aliud exemplum, ubi is, qui dominus eſt, res tamen ſuas alienare non poteſt. Nam licet pupillus, & pupilla rerum ſuarum ſint domini, illas tamen ſine tutoris authoritate alienare nequeunt, ne ob ætatis defectum patiantur damnum.

Ad verſ. Ideoque.

6 Q. hic: *An pupillus ſine tutoris authoritate poſſit mutuas pecunias dare?* R. Imperator *negative*, quia, ut poſſit quis mutuum dare, debet transferre dominium rei in alterum; ſed pupillus non poteſt transferre; ergo.

Sed quid: *Si pupillus de facto dederit pecunias mutuo?* R. cum *diſtinctione*, vel pecuniæ adhuc exiſtunt, vel non? Si exiſtant, poteſt eas vindicare, quia adhuc earum manſit dominus. Si non amplius exiſtant, ſed ſint conſumptæ, tunc vel ſunt conſumptæ bona fide, & mutuum convaleſcit, ita, ut acquirat condictionem certi ex mutuo. *l. 19. §. 1. ff. de R. C.* vel mala fide, & tunc pupillus habet contra debitorem utilem rei vindicationem; vel actionem ad exhibendum, tanquam contra eum, qui rem dolo malo deſiit poſſidere: quia Jura fingunt, rem adhuc exiſtere penes eum, qui dolo malo deſiit poſſidere.

dere. *Menz. n.* 14. Paria enim ſunt poſſidere, & dolo deſiiſſe poſſidere, *l.* 13. *l.* 150. *ff. de R. J.* & dolus pro poſſeſſa re eſt, ipſamque rem repræſentat.

Ad verſ. ex contrario.

Econtra vero omnes res pupillo etiam ſine tutoris authoritate recte dari poſſunt: meliorem enim ſuam conditionem facere poteſt, non deteriorem. *Schamb. hic.*

Ad verſ. Ideoque.

7 *Poteſtne ergo debitor ipſius pupilli ſine tutoris authoritate pupillo debitum ſolvere?* Dixeris prima fronte, quod *ſic.* Ratio: quia debitum accipiendo reddit ſuam conditionem meliorem. ℞. Tamen quod *non*, ſed tutoris authoritas debitori adeo neceſſaria eſt, ut, ea non adhibita, debitor non liberetur. *text. hic.* Ratio: quia pupillus absque tutoris authoritate non poteſt quidquam alienare; atqui ſi diceremus debitorem liberatum eſſe, obligationem alienaret; ergo &c. *Menz. n.* 21.

Ad verſ. Sed hoc enim.

Quid ſi ſolutio debiti pupillo facta ſit cum authoritate tutoris? ℞. Quod tunc quidem debitor liberetur, *Harp. n.* 28 *hic.* non tamen omnino ſecurus fiat, quia pupillo læſo, adhuc ſalva erit in integrum reſtitutio. *l.* 1. *C. ſi adverſ. ſolut.* Si ergo omnimode ſecurus eſſe velit debitor, Judicem adeat neceſſe eſt, ut prius judicialis ſententia ſolutionem permittat, ſummaria cauſæ cognitione præmiſſa, num pupillo expediat ſolutio, quo facto, ſi judex decretum ſuum interpoſuerit, & debitor ſolverit, ſequeretur hujusmodi ſolutionem pleniſſima ſecuritas. *Text. hic. & in l.* 2 §. 2. *C. de adminiſtrat. tut.* Quæ ſecuritas tanta eſt, ut nulla contra ſolutionem decreto Judicis factam reſtitutio admittatur. *Menz. n.* 25. Ratio: quia non debet, quod rite, & ſecundum leges ab initio actum eſt, ex alio eventu reſuſcitari *Schamb. hic.*

Dices: Licet res pupilli decreto Prætoris alienatæ ſint, ſi tamen pupillus notabiliter læſus ſit, ſalva eſt ei adhuc reſtitutio; *l.* 11. *C. de præd. minor.* ergo idem hic aſſerendum, licet authoritate Judicis ſit facta ſolutio ℞. I. Poſſe *negari antec.* dicta enim *Lex* non loquitur de re alienata, ex decreto Prætoris revocanda, ſed tantum de læſione circa pretium emendanda. *Zoeſ. de minor n.* 14. ℞ II *Tranſ. antec. neg. conſeq.* Ratio diverſitatis eſt: quia contrahere cum minoribus nemo cogitur, *l.* 16. *C. de Jure delib.* & qui contrahit, ſcire debet conditionem ejus, cum quo contracturus eſt; *l.* 19. *ff. de R. J.* ſecus eſt in ſolutione, quoniam debitor ſolvere neceſſe habet, ſicque non ſua voluntate, ſed Juris neceſſitate ſolvit. *l.* 7 § 2. *ff. de minor.* Merito igitur pleniſſime liberatur, ut inquietari amplius non poſſit. *Harp. n.* 32. *Gomez tom.* 2. *var. reſol. c.* 14. *n.* 4.

Quid

Ad verſ. ſin autem.

Quid ſi his non obſervatis, & ſpreta tutoris authoritate, decretove Judicis, debitor pupillo ſolverit? R. In rigore Juris pupillum actionem habere ad petendam iterato ſolutionem, quia paria ſunt, aliquid fieri, & non legitime fieri. Quod ſi tamen pecuniæ adhuc apud pupillum vel formaliter, vel virtualiter (forte quia exinde factus eſt *locupletior*) exiſtant, tunc iterato petens ſolutionem, per exceptionem doli mali in judicio repelli poteſt, eo quod cum alterius jactura locupletari velit, & contra fidem faciat, bis exigendo debitum. *l.* 58. *ff. de R. J.* Quod ſi pupillus pecuniam acceptam male conſumpſerit, aut furto, vel vi amiſerit, vel alio ſimili caſu incendii rapinæ perdiderit, tunc nihil proderit debitori doli mali exceptio, ſed ad iteratam ſolutionem denuo condemnabitur. Ratio eſt in *textu*, quia ſibi imputare debet, cur tam temere ſine tutoris authoritate, & decreto Judicis ſolverit. *Mant. n.* 36.

Ad verſ. Sed ex diverſo.

8 Q. hic. *An pupillus, & pupilla ſine tutoris authoritate creditoribus ſuis ſolvere poſſint?* videtur I. quod ſic: quia pupillus poteſt ſuam conditionem meliorem facere abſque tutoris authoritate; at ſolvendo videtur facere meliorem: quia ſolutio liberationem pupilli reſpicit. II. Quia pupillus etiam ſine tutore authore per acceptilationem liberari poteſt; ergo etiam per ſolutionem, quia acceptilatio eſt ſpecies ſolutionis.

Hoc non obſtante R. Imperator *negative*, ratio: quia ad ſolutionem requiritur, ut dominium in alterum transferatur, pupillus autem ſolus non poteſt transferre dominium, ergo.

Ad *rationem* I. dico *neg.* per ſolutionem pupillum facere ſuam conditionem meliorem, quid enim, ſi ſe potuit contra petentem exceptione tueri: Quid, ſi præmature ſolvit? Quid, ſi alibi utilius ſolviſſet? Ad II. R. In acceptilatione nihil periculi eſſe, quia nihil debet præſtare pupillus. *Mant. n.* 38. *& ſeqq.*

Solvere ergo pupillus ſolus non poteſt: quid autem, *ſi actu ſolverit?* tunc vel pecuniæ ſolutæ exiſtunt, vel ſunt conſumptæ? ſi exiſtunt, poteſt eas per rei vindicationem repetere. *l.* 150. *ff. de R. J.* Si conſumptæ ſunt, tunc vel bona, vel mala fide. Si bona, tunc liberatur pupillus a debito. *l.* 9. §. 1. *&* 2. *ff. de auth. tut.*

Si mala fide, habet utilem rei vindicationem, tanquam contra eum, qui dolo malo rem deſiit poſſidere. Quod ſi res ſoluta etiam caſu fortuito penes creditorem pereat, non pupillo, ſed creditori peribit, liberatur enim pupillus conſumpta pecunia *d. l.* 9. §. 2. *Mant. n.* 51.

TITU-

TITULUS IX.

Per quas Perſonas cuique acquiratur?

SUMMARIA.

1. *Quid, & quotuplex ſit peculium?* 2. *Enumerantur caſus, quibus peculium redditur extraordinarium.* 3. & 4. *Quale peculium acquiratur Patri?* 5. *An Pater amittat uſumfructum per nuptias filii?*

Connexio, & Princip.

OMne, quod acquiritur, aut *dominium* eſt, aut *poſſeſſio*, aut *obligatio*. Acquiritur autem dominium, vel poſſeſſio non ſolum per nosmetipſos, ſed & per eos, quos in poteſtate vel patria, vel dominica habemus. Item per ſervos uſufructuarios, ſicut & alienos, bona fide poſſeſſos. Item per liberos homines, de quibus ordine.

§. Igitur. 1.

Pro facilius intelligendo hoc §. obſerva: *Quid, & quotuplex ſit peculium?*

1 Peculium concinne *deſcripſeris*, quod ſit *puſillum patrimonium, conceſſum a patre, vel domino filiofam., vel ſervo, ſeparatum a rationibus paternis, vel dominicis, deducto eo, quod patri, vel domino debetur. l. 4. l. 5. ff. de peculio. Schambie.* Quæ ultima verba ideo adjiciuntur, quia pater conventus actione de peculio ex contractu ſui filiifam. prius deducit id, quod ſibi a filio debetur, quam reliquis creditoribus ſatisfaciat.

Dividitur peculium in *paganum* & *militare*. Paganum iterum *dividitur* in *profectitium*, & *adventitium*. Profectitium eſt, quod ex re, & ſubſtantia patris ad filium proficiſcitur, velut ſi pater habet filium induſtrium, aptumque ad negotia, & pater ei relinquit, aut deputat aliquam ſubſtantiam pecuniæ, cum qua negotietur, quæ ſeparatus a rationibus paternis, nec pater connumerat inter ſua bona, ſed filius ſeparatas habet ſuas rationes. *Schneid.* §. 10. *Inſt. de act. n. 2.*

Peculium adventitium eſt, quod non ex bonis paternis, ſed aliunde extra cauſam militiæ filio acquiritur, puta, ex *ſucceſſione*, vel *donatione materna*, vel *extranei*, aut *liberalitate fortunæ*.

Hoc poſterius *ſubdividitur* in *ordinarium*, & *extraordinarium*. Ordinarium eſt, cujus uſusfructus ad patrem; proprietas ad filium pertinet. Extraordinarium, cujus plena proprietas, & uſusfructus ad filium pertinet.

Caſus autem, in quibus peculium adventitium fit extraordinarium, ſunt ſequentes. 2

I. Eſt relatus in *l. 6. §. 1. C. de bon. qua lib.* ſi ſcilicet pater uſumfructum remittat. II. Eſt in *Nov. 117. cap. 1.* Si ea conditione filio aliqua res donetur,

tur, ut plenam ejus rei proprietatem habeat, nempe & proprietatem, & uſumfructum. III. Si pater una cum filio ſuccedat in hæreditate filii, *v. g.* ſi pater cum Titio filio ſuo ſuccedat Sempronio, qui etiam ejuſdem filius, ſed mortuus eſt *Nov.* 118. *cap.* 2.

Dices: Si filius cum parte ſuccedit extraneo, *v. g.* uxori, pater habet uſumfructum; ergo etiam, ſi ſuccedat filius cum patre fratri. *R. neg. conſeq.* Ratio *differentiæ* eſt: quod Patri, ſuccedenti cum filio ab inteſtato, fratri, uſusfructus fuerit ademptus, quia in illa ſucceſſione olim perpetuo excludebatur. *l.* 11. *C. commun. de ſucceſſ.* Aſt nullibi reperitur pater prohibitus cum liberis extraneo ſuccedere ex teſtamento; ergo. *Chlingenſp. hic quæſt.* 4. *ob. un.*

IV. *Caſus* eſt ex *l. ult. C. de bon. quæ lib.* ſi filius, diſſentiente patre ac invito, hæreditatem adeat, *v. g.* ſi pater jubeat, ut hæreditatem relictam non adeat, eo quod ſit periculoſa, ac oneroſa, tunc Titius filius, adiens hæreditatem, plenam ejus proprietatem acquirit. *d. l. ult.*

V. Eſt ex *l.* 7. *C. eod.* ſi filio quidquam a Principe donetur, talis enim donatio habet ſe per modum peculii caſtrenſis. *Glottle Inſt. d. loc. Chlingenſp. q.* 4. *h. t.*

Peculium militare diſpeſcitur in *caſtrenſe*; & quaſi *caſtrenſe*. Illud eſt, quod a parentibus, vel cognatis, vel aliis, omnino extraneis, donatum eſt filiofam. eunti ad caſtra, & degenti in militia. Item, quod ipſemet filius miles occaſione militiæ acquirit.

Quaſi caſtrenſe eſt, quod filiusfam. ratione publici officii, vel cujusdam exercitii publici, & alias ingenio ſuo acquirit, ut faciunt Magiſtri artium ex profeſſione artium liberalium, vel Medici, aut Advocati, cum & hi militare dicantur. *l.* 14. *C. de advocat. diverſ. jud.* his *præmiſſis* pro declaratione *textus*

3 Dico I. Peculium caſtrenſe & quaſi tale, nec hodie, nec olim patri quærebatur; ſed habet, & habebat plenum illius dominium filiusfam. *l.* 6. *C. de bon. quæ liber.* habeturque in eo pro patremfam. *l.* 2. *ff. ad S. C. Maced. Schamb. hic. Brunnem. in d. l.* 6. *C. de bon. quæ lib.*

Dico II. Peculium profectitium, ſicut olim, ita & hodie totum patri quæritur, ratio eſt in *textu*: quæ enim invidia eſt, quod ex patris occaſione profectum eſt, hoc ad eum reverti? *Funſterwald lib.* 4 *obſ.* 2. *n.* 3. *Schneid. Inſt.* §. 10. *de act. n.* 2. ubi notant caſum, dignum memoria, & quotidianum, *v. g.* pater vivus habet multa prædia, & quia eſt decrepitæ ætatis, vel alias valetudinarius, non poteſt rebus ſuis præeſſe, easque adminiſtrare. Quare filius natu major ipſius omnia adminiſtrat, tam negotia domeſtica, quam curam prædiorum; alter econtra frater natu minor nihil domi agit, mortuo patre frater natu major dicit, ſe longo tempore geſſiſſe curam rei familiaris, ideo antequam bona paterna dividantur, petit tantum ſalarii, quantum pater uni negotiorum geſtori dediſſet: Q. *an illud ſalarium præſtandum ſit?* & decidunt *negative*: filius enim ex debito reverentiæ paternæ ad talia opera tenetur. Verum *Perez ad C. de collat. n.* 22. *Gomez ad leg. taur.* 29.

29. *n.* 24. & *Fachin. lib.* 5. *cont.* 83. exiſtimant in caſu, quo filius ex pecunia patris per ſuam induſtriam lucrum notabile fecit, aliquam partem, tantam nimirum, quantam Inſtitori de more regionis dare oportuiſſet, filio aſſignandam eſſe, perpenſa nimirum filii induſtria, & lucri quantitate.

Dices. Ergo filius nullam ex tali peculio habebit utilitatem? *R. Schamb. hic* utilitatem eſſe poſitam in eo, quod, confiſcatis bonis paternis, peculium illud maneat filii. *l.* 3. §. 4. *ff. de minor.* Item ſi filiusfam. vivo patre emancipetur, neque peculium expreſſe adimatur, cenſeatur eſſe donatum. *l.* 31. §. 1. *ff. de donat.*

Dico III. Peculium adventitium olim pleno Jure patri acquirebatur. Poſtea Conſtantinus *l.* 1. *C. de bon. matr.* ſtatuit, ut patri res a matre ad filiumfam. provenientes, quoad uſumfructum tantum acquirerentur, proprietate penes filium remanente. Juſtinianus vero, nulla facta diſtinctione inter res a matre, ſive aliunde advenientes, ſtatuit, ut omne peculium adventitium tantum quoad uſumfructum patri acquireretur *l.* 6. *C de bon. quæ lib.* & *text. hic.* Ratio eſt: ne quod filio ſuis laboribus, aut proſpera fortuna acceſſit, hoc in alium perveniens, luctuoſum ei accidat.

§. Hoc quoque. 2.

4 Olim quando pater emancipavit filium, tertiam partem bonorum filii in compenſationem, & quaſi pro pretio præſtitæ emancipationis retinebat. Hodie vero hoc correctum eſt, ut pater non tertiam partem dominii rerum ſibi, ſed dimidiam partem uſusfructus tantum bonorum adventitiorum pro emancipationis præmio retinere poſſit. *text. hic.* & *l.* 6 § 3. *C. de bon. quæ lib.* Ratio eſt in *textu*: inhumanum enim videbatur filium proprietate, & dominio tertiæ partis bonorum defraudari, & quod honoris ei ex emancipatione accedebat, dum ſcilicet ſui Juris efficiebatur, hoc per rerum diminutionem decreſcere. *Schneid. n.* 7. *hic.*

Ex hoc § quia in noſtra Germania hodie forma emancipationis vix amplius ſervatur, ſed ipſo facto emancipantur, ſi privatam familiam, & œconomiam ducant, *inferunt DD.* non iniquitatis ſalem ſapere, ſi pater a filio, cui cedit privatam familiam inſtituendi licentiam, aliquid petat quaſi in præmium tacitæ emancipationis. Deinde

Inferunt II Uſumfructum, quem pater in bonis liberorum adventitiis habet, per tranſitum filii ad nuptias, habito reſpectu ad Jus commune, non in totum expirare; ſed dimidiam illius partem patri ob gratificationem emancipationis, præmii loco, adhuc deberi ſicut olim *l.* 6 §. 3. *C. de bon. quæ lib. Manz. n.* 9. & 10. 5

§. Item vobis.

Hactenus quomodo nobis acquiratur per perſonas, in noſtra poteſtate *patria* conſtitutas; ſequitur de iis, quæ in poteſtate *dominica* exiſtunt, videlicet *ſervi*, de quibus nobis modicus ſermo erit, quoniam quæ in uſu non ſunt, attendenda non ſunt. Prolixiorem tamen explanationem *hujus* §. ſi deſideres, remitto te ad *Marz. hic.* Itaque ſervus, quidquid acquirit, nobis acquirit, cum ſervus proprium habere non poſſit. Quod *ampliatur*, ut non ſolum dominô ſcienti, ſed etiam ignoranti, & invito acquirat.

Limitatur autem procedere, in acquiſitione, inter vivos facta; ſecus in his, quæ in ultima voluntate obveniunt. Servus enim, adeundo hæreditatem invito domino acquirere non poteſt, ne ſcilicet dominus invitus gravetur ære alieno, cum hæreditas propter æs alienum latens damnoſa eſſe poſſit. *l.* 6. *ff. de acquir. hæred.*

§. De iis. 4.

Servus *fructuarius*, in quo quis uſumfructum habet, in duobus caſibus acquirit fructuario.

I. Quando ex re ipſius fructuarii aliquid conſequitur, ut, quia fructuarius fecit iſtum ſervum diſpenſatorem rerum ſuarum. II. Quando ſervus ex operibus ſuis quid conſequitur, veluti ſi ſervus eſt *pictor*, vel *ſutor*, *&c.* Ea vero, quæ ſervus extra iſtas cauſas conſequitur, ad dominum proprietatis, non fructuarium pertinent, *text. hic.*

§. Ex his. 5.

Q. in hoc §. *an etiam, & quomodo nobis acquiratur per extraneam perſonam, quæ ſcilicet neque patria, neque dominica noſtra poteſtati ſubjecta eſt?* Ad hoc ℞. *Imperator*, regulam vulgarem prodiiſſe, per extraneam perſonam nihil nobis acquiri; a regula tamen excipitur *procurator*, qui nobis acquirit poſſeſſionem, & per illam etiam dominium, & hoc propter mandatum; quod enim quis facit per alium, per ſe ipſum feciſſe intelligitur. Sed

An in prædictis caſibus requiratur ſcientia domini? Ad hoc ℞. cum *diſtinctione*, vel loquimur de acquirenda ſola poſſeſſione, vel de uſucapiendi conditione, vel dominii acquiſitione. Poſſeſſio, & dominium etiam ignoranti domino acquiritur, ſufficit enim, quod ab initio mandatum intercesſerit. *Marz. n.* 10. *hic.*

Uſucapiendi conditio ignoranti non acquiritur, ratio *diſparitatis:* quia in uſucapione bona fides requiritur, ignorans autem nec bonam, nec malam fidem habet. *Marz. loc. cit.*

TITU-

TITULUS X.
De Teſtamentis ordinandis.

SUMMARIA.

1. *Definitur Teſtamentum.* 2. *Cujus Juris ſit Teſtamentum?* 3. *Teſtamenti factio ante Jus Civile in uſu fuit.* 4. *Enumerantur requiſita ad Teſtamentum.* 5. *Debet ſcribi ab ipſo teſtatore.* 6. *Inſtitutio hæredis dicitur baſis, & fundamentum Teſtamenti.* 7. *Ad Teſtamentum requiruntur VII. teſtes.* 8. *Illique debent eſſe idonei.* 9. *Teſtamentum debet fieri unico contextu.* 10. *Unde in eo non poteſt celebrari contractus.* 11. *Teſtamentum etiam alieno ſigno muniri poteſt.* 12. 13. 14. 15. 16. 17. & 18. *Quinam poſſint adhiberi teſtes?* 19. *An legatarii, & fideicommiſſarii recte adhibeantur?* 20. *Teſtamentum Nuncupativum quid ſit?* 21. *Recenſentur ejus requiſita.* 22. *Nuncupatio per relationem ad ſchedam non poteſt fieri.* 23. *Eluduntur argumenta contraria.* 24. *Teſtamentum, in foro fori nullum, an teneat in foro poli?* 25. *Holographum teſtamentum an valeat?*

Ad Princip.

1 TEſtamentum ab etymologia *nominis* (de qua *diſceptant Franz. hic. n. 1. Manz. tract. de Teſtament. tit. 1 n. 9.*) *teſtatio mentis* dictum in *l. 1. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* concinne *definitur*, quod ſit *voluntatis noſtræ juſta ſententia de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit.*

Dicitur I. *Voluntatis noſtræ*: quia Teſtamentum in voluntatem alterius conferri non poteſt, *l. 32. ff. de hæred. inſtit.* & ultima voluntas non poteſt ex alieno arbitrio dependere; nam certum debet eſſe teſtantis conſilium. *Manz. loc. cit. n. 5.*

Dicitur II. *Juſta*, i. e. Juri conformis, ſolennis, & omnibus numeris perfecta, & juxta legum præcepta ordinata. *arg. l. 1. ff. de injuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.*

Dicitur III. *Sententia*, i. e. ſeria, & bene deliberata voluntas. *Schamb. hic.*

Dicitur IV. *De eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit*, quibus verbis differt ab *actibus* inter *vivos*, ſcilicet *contractibus*, hi etenim ſtatim ſuum ſortiuntur effectum. Teſtamentum vero non niſi poſt mortem, viventis enim nulla eſt hæreditas. *l. 94. ff. de acquir. hæred. Perez. ad C. h. t. Manz. n. 7.*

Q. I. *An Teſtamentum ſit creatura Juris gentium, an civilis?* 2

Ut in hujus *controverſiæ* altercatione breviter me expediam, ſic ſtatuo: Res ipſa ortum habet a Jure gentium; ſed formam, & ſolennitatem Jus Civile conſtituit, ita re ipſa docent *Harp. prin. h. t. n. 62. Schneid. n. 6. Schamb. hic. Manz. hic. n. 6. Zoeſ. ff. qui teſtam. fac. poſſ. n. 1. Funſterwald. lib. 2. obſ. 110. n. 2. Vinn. inſt. hic. n. 3. Struv. ad ff. Exercit. 32. th. 3. & communiter omnes.*

Diſſent.

Diſſent. *Glettle de Teſtament. c.* 1. § 3. *Hunn. var. reſol. tract.* 5. *q.* 3.

3 Prior *ſententia probatur* ex eo, quod ante inductum Jus Civile in uſu fuerit teſtamenti factio, quemadmodum (ut alia *loca* ſileam) *Geneſ. cap.* 35. *℣.* per. ſpicue legimus, quod Abrahamus filium ſuum Iſaacum hæredem inſtituerit, excluſis concubinarum filiis, quibus tantummodo quædam munera eſt largitus. Idem patet ex *Tito Livio lib* 1. *Decad.* 1. ubi refert, Tarquinium, teſtamento patris, hæredem inſtitutum, omnia bona ſolum retuliſſe, excluſo fratre poſthumo, cui a re nomen Egerii fuit.

Obj. De Jure naturæ nemo poteſt diſponere in tempus, quo non eſt amplius rerum ſuarum dominus; quia paria ſunt tempore fieri inhabili, & conferri in tempus inhabile; ſed teſtator diſponeret in tempus, quo non eſt amplius dominus, mors enim omnia ſolvit, ergo. ℞. *Diſt maj.* Nemo poteſt in illud tempus diſponere, quo non amplius eſt dominus, effective *conced. maj.* executive, *neg. maj.* Sed teſtator diſponit in tempus, quo non eſt amplius dominus, executive, *conc. min.* effective, *neg. min & conſeq.*

Quantum ad voluntatem attinet, diſpoſitio jam eſt ſortita effectum in vita teſtatoris, qui perfecte diſpoſuit id, quod voluit; licet voluntatis executio fiat poſt mortem, nam & tunc, quando teſtatur, & eo ipſo momento, quo moritur, bonorum ſuorum dominus eſt. Itaque hæres ab inteſtato ſtatim incipit ex Jure naturæ obligari ad implendam defuncti voluntatem, & hæres inſtitutus illo momento, quo moritur teſtator, acquirit Jus in bona defuncti, ita, ut poſt mortem bona non fiant vacantia, quoniam jam naturaliter ſunt obligata hæredi inſtituto.

§. Sed, ut nihil. 1. cum §. ſeq.

Ut nihil antiquitatis ignoretur, enumerat *Imperator* in *hoc* § tria genera teſtamentorum, quæ olim in uſu fuerunt, & hodie penitus exoleverunt. Ego de iis mentionem facere ſuperſedeo; tum, quod res ſit ſine fructu, tum, quod attendenda non ſint, quæ in uſu non ſunt, itaque ad *Schamb.* vel *Manz.* remiſſus eſto.

§. Sed cum paulatim. 3.

Jure *novo* Teſtamentum *dividitur* in *ſcriptum, & nuncupativum.* Illud eſt, quod adminiculo Scripturæ: hoc, quod adminiculo vivæ vocis perficitur.

4 Requiſita de Jure communi ad teſtamentum ſcriptum occurrunt ſequentia.

5 I. Ut ultima voluntas vel ab ipſo teſtatore; vel ejus juſſu ab alio ſcribatur. *l. hac conſultiſſima.* 21. *C. de teſtament. Perez ad C. d. t. n.* 2. *Manz. tract. de teſtam tit* 4 *n.* 6. In caſu autem, quo alius teſtamentum ſcripſit, debet teſtator vel ipſe, vel octavus teſtis illud ſubſcribere. *Nov.* 129 *c* 9. *Glettle de teſtam. c.* 11. § 1. *n.* 2. *Schneid. n* 7.

II. Ut expreſſis verbis inſtituatur hæres *l.* 29. *C. eod.* cum hæredis inſtitu- 6

tio

Google

tio ſit baſis, & fundamentum teſtamenti. *l.* 10. *ff. de Jure Cod. Zaſ. l. c. n.* 27. *Schneid. n.* 8. *Manz. l. c. n.* 7. *Perez ad C. n.* 5. Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 2. *tit.* 4. *n.* 2.

7 III. Ut adhibeantur 7. teſtes. *text. hic & d. l.* 21. *C. de teſtament.* Ratio hujus numeri a variis varia redditur.

Vultejus §. 5. *Inſt. h. t.* dicit, ita placuiſſe Romanis, ac pro ratione ſufficere voluntatem.

Antonius *Faber*, & Arumæus miſerum refugium ſumunt ad *l. non omnium.* 20. *ff. de LL.*

Harpprecht, & *alii* nullam (putant) probabiliorem aſſignari poſſe rationem, quam quod veteres peculiarem quamdam vim, & energiam huic numero ſeptenario attribuerint. Quemadmodum is ab *Hebræis* dictus fuit numerus *libertatis*, a Pythagoricis *virginitatis*; ab Apuleio *purificationis*. Imo numerus ſeptenarius, & ſacer, & plenus perfectionis dicitur, ejusque frequentiſſima occurrit mentio in ſacra ſcriptura, v. g. die *ſeptimo* quievit Dominus, eodemque homines quieſcere voluit. *Geneſ. cap.* 2. Septem millia non flexerunt genua coram Baal. *lib.* 3. *Reg. cap.* 18. ℣. 22. Nam fratri ſepties in die condonabo; imo ſeptuageſies ſepties *Matth. cap.* 18. ℣. 22. Similiter Eliſæus Propheta dixit ad Naaman leproſum: *Vade, & lavare ſepties in Jordano: & recipiet ſanitatem caro tua, atque mundaveris.*

Dices: In ore duorum, aut trium conſiſtit omne verbum. *Matth.* 18. ergo non requiruntur 7. teſtes. ℞. *Antec.* verum eſſe, niſi plures teſtes a lege deſiderentur, prout in teſtamento ad evitandas fraudes a lege requiruntur.

Oppones *cap.* 10. *X. de teſtam.* ubi pœna anathematis affici jubetur, qui teſtamentum coram Parocho, & duobus teſtibus conditum infirmat. ℞. Conſtitutionem *d. c.* 10. locum habere in terris Eccleſiæ Romanæ ſubjectis; non vero in provinciis ad Imperium Romanum pertinentibus. *Harp. n.* 23.

Urges per *Nov. Leonis.* 41. & 43. qua cavetur, ut in civitatibus 5. & in agris 3. teſtes ad teſtamentum ſufficiant. ℞. Novellas Leonis non eſſe receptas, niſi quatenus ſunt conformes Juri Civili. *Harp. n.* 24.

IV. Ut teſtes ſint idonei, *h. e.* tales, qui nullo Jure teſtimonium dicere prohibeantur, de quibus *infra* 8

V. Ut teſtes ſint rogati ſpecialiter ad hunc actum expediendum, nec caſu, vel fortuito advenerint, *l.* 21. §. 2. *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Glettle *c.* 2. §. 1. *n.* 15. *Manz. loc. cit. n.* 18. Rationem, cur rogari debeant? allegat *Menoch. de arbit. Jud. lib.* 2. *cent.* 5. *caſ.* 495. *n.* 35. ut a minimum ex parte teſtantis excludatur omnis ſuſpicio, & ſubornatio.

VI. Requiritur, ut teſtes ſe ſubſcribant. *l.* 21. *C. h. t.* nec unus ſcribere poteſt pro alio, ſed quisque propria manu ſe ſubſcribat, neceſſe eſt. *l.* 80. *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Ni forte in tali loco teſtamentum conficiatur, ubi tot literati coadunari nequeunt, tunc enim poteſt unus pro alio ſubſcribere. *l. fin. C. h. t.*

VII. Requiritur, ut teſtes in conſpectu ſint teſtatoris, eumque videant, conſpectum agnoſcant, ac faciei lineamenta probe diſcernant. *l.* 9. *C. d. t.* Ratio: ne forte aliquis ſubornetur, qui vo-

vocem teſtatoris mentiretur, ut ſuis temporibus a muliere quadam ſagace eſſe factum, teſtatur Clarus §. *teſtamentum. q.* 59 *Glettle loc. cit. n.* 16 *Schneid. hic. n.* 7.

VIII. Ut teſtes teſtamento ſigilla ſua imprimant, *text. hic. l.* 22 §. 4. *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* ubi tamen neceſſe non eſt, ut ſinguli proprio annulo utantur, ſed poſſunt ſigillo uti etiam alieno. §. 7. *Inſt. h. t. Menz. tr. de teſtam. tit.* 4. *n.* 139. Imo ſi ab ipſo teſtatore annulum acceperis, & ſignaveris, valet teſtamentum. *l.* 22 §. 2. *qui teſtam. fac. poſſ. Glettle loc. cit. n.* 18.

9 IX. Et ultimo, ut teſtandi actus unico contextu abſolvatur, adeoque nihil ab inſtituto negotio contrarium aut alienum interveniat. §. 3 *hic & l.* 21. §. *fin. ff d. t.* Ratio, ne memoria per actum extraneum a competente deliberatione avocetur, aut turbetur. *Menz. n.* 154. *loc cit. Zoeſ. n.* 29. *ff. qui teſtam. fac. poſſ. Harp. n.* 2. *hic.*

Dicta tamen cum grano ſalis intelligenda ſunt, quando enim dicimus, teſtamentum unico contextu abſolvendum eſſe, nolumus excludere actus, quos teſtatoris moribundi conditio, ratio ſanitatis, aut naturæ neceſſitas efflagitat. Hinc, ſi, calente negotio, Myſta veniat, ſacro cibo decumbentem, refecturus, ſi medicamentum ægroto porrigendum, ſi ſuperfluum, naturæ pondus excernendum ſit, eapropter teſtamentum non vitiatur. *Menz. tit.* 4. *q.* 1. *n.* 155.

Ex *dictis* ſua ſponte fluit, inter te- 10
ſtandi actum non poſſe celebrari contractum; ratio: quia non poteſt teſtamento intermiſcere actus alienus *d. l.* 21. §. *fin.* ſed contractus eſt actus alienus, nam contractus fit inter plures, & ſemel perfectus revocari nequit. *l.* 5. *C. de O & A.* Teſtamentum vero non fit, niſi ab uno, & inſuper revocari poteſt usque ad extremum vitæ ſpiritum; *l.* 4. *ff. de admend. legat.* ergo inter teſtandi actum contractus non poteſt celebrari. *Zoeſ. loc. cit. n.* 30. *Harp. n.* 5. *Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *diſp.* 10. *th.* 5. *lit. H. Hunn. var. reſol. lib.* 2. *tract.* 5. *q.* 4. *Fach. l.* 5. *c.* 23.

Oppones *l.* 7. *ff. de libert. aſſignand.* ubi dicitur, pignus in teſtamento conſtitui poſſe; ſed pignus eſt contractus; §. 4. *Inſt. quib. mod re contrah. oblig.* ergo. ℞. nos non ire inficias, quod tales actus teſtamento immiſceri poſſint, qui unius voluntate nituntur, qualis eſt aſſignatio liberti. Sic quoque non adverſatur, *d. l.* 26. quia nihil aliud ſtatuit, quam quod teſtator voluntatem ſuam de pignore, alteri conſtituendo, in teſtamento declarare, hæredique neceſſitatem pignoris imponere poſſit, taliter enim contractus non celebratur, ſed teſtator declarat, quid poſt mortem ſuam fieri velit.

Ad verſ. Ita ut hoc.

Ex haſtenus *dictis* patet, ſolenne teſtamentum eſſe *tripartitum*, h. e. ex triplici jure, puta, *civili*, *Prætorio*, & *conſtitutionum* collectum, nam quod uno contextu, in præſentia teſtium, ad hoc ſpecialiter rogatorum, fieri debeat, eſt ex Jure civili. Quod autem teſtes, & teſtator ſe ſubſcribere debeant, habetur

tur ex Imperatorum conſtitutionibus. Et denique, quod ſignacula imprimi debeant, & 7. teſtes adhiberi, ex Jure Prætorio deſcendit. *Manz. n.* 13.

§. Sed his. 4.

Præter ſolennitates *ſupra* enumeratas *Juſtinianus* in *l* 29. *C. de teſtam.* præcepit, ut teſtator ipſe nomen hæredis ſcribat; vel ſi ex morbi acerbitate, vel ſcribendi imperitia id facere non poſſit, ut nomen hæredis coram teſtibus nuncupet, ut hi intelligant, quem hæredem conſignare voluerit. Verum hæc ipſa lex fuit poſtea ſublata, & neceſſitas ita exprimendi nomen hæredis remiſſa, ita, ut hodie ſufficiat nomen hæredis ſcribi per alium, dictante teſtatore. *Nov.* 119. *c.* 9. *Manz. n* 4. *hic. Schamb. & Zaſ. ff. h. t.*

§. Poſſunt. 5.

11 Jam ante dictum, nil referre, ſive ſuo, ſive alieno ſigno quis teſtamentum munierit, imo etiam ipſius teſtatoris ſigno teſtamentum firmari poſſe, patet ex *d. l.* 22. §. 2. *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Ratio eſt in *textu* quia contingere poſſet, ut omnes, & ſinguli teſtes haberent proprios annulos, omnes tamen annuli unam ſculpturam, & characterem, forte, quia teſtes omnes ſunt ex una familia: quo in caſu idem eſſet, ac ſi unum tantum annulum haberent. *Manz. & Harp. hic.*

§. Teſtes. 6.

Q. *hic*: *Quinam in teſtamento poſſint adhiberi teſtes*? Et *Imperator* ſtatuit hanc regulam: teſtes adhiberi poſſunt omnes, quibus teſtamenti factio eſt, ſive activa, ſive paſſiva, h. e. qui & teſtamenta facere, & ipſi ex teſtamento capere poſſunt. *Manz. n* 1 *Franz. n.* 2.

Mihi (ut verum fatear) præfata regula minus ſolida videtur, *mulier* enim habet teſtamenti factionem tam activam, quam paſſivam, & tamen a teſtimonio repellitur. Item *filiusfam.* non habet teſtamenti factionem activam, & tamen in teſtamento teſtis recte adhibetur. Itaque ſtatuenda eſt alia regula, nimirum iſta: Teſtes adhiberi poſſunt omnes, qui non prohibentur. Ita *Gleſtle tract. de teſtam. c.* 2. §. 1. *n.* 4. *Franz. Inſt. h. t. n.* 11.

Prohibetur autem l. *Mulier. text.* 12 *hic & l.* 20. §. 6. *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Rationem prohibitionis refundunt nonnulli in fragilitatem ſexus, & infirmitatem judicii. Male! ſequeretur enim, fœminas in nullo plane caſu ad dicendum teſtimonium idoneas eſſe, quod falſum, cum regulariter tamen tam in delictis, quam contractibus admittantur *l.* 18. *ff. de teſtib. & d. l.* 20. §. 6. *Brunnem. ibid. & Farinac. de teſtib. q.* 59. Mihi placet illa ratio prohibitionis, quæ rejicitur in ſolennitatem actus, ut ſenſus ſit: ideo mulieres in teſtamento teſtes adhiberi non poſſe, quia teſtes maſculi requiruntur de forma. *Bachov. & Vinn. hic. n.* 2. Concordat N. Oe. Land-Tafel. *tit.* 5. *lib.* 2.

II. Prohibetur *Impubes. l. 3. §. 5. ff. qui teſtam. fac. poſſ. & text. hic* idque propter lubricum animi conſilium, judiciique, atque intellectus imbecillitatem, propter quam communiter ejus teſtimonium reprobatur.
13 III. Teſtis eſſe non poteſt *ſervus*, quia non habet Juris Civilis communionem, imo Jure Civili pro mortuo, & pro nullo habetur. *l. 209. ff. de R. J.* At teſtamentum quoad ſolennitates eſt Juris Civilis, ergo. *Manz. n. 9.*
14 IV. Coërcetur *mutus*, cum teſtimonium reddere non poſſit *Surdus*, cum vocem teſtatoris non exaudiat. *Furioſus*, cum non intelligat, quid agat. *l. 20. §. 4. ff. qui teſtam. fac. poſſ. Glettle loc. cit. n. 5.*

V. Omnes ii, qui alias a lege in judicio prohibentur eſſe teſtes, prohibentur quoque in teſtamento adhiberi, bonum enim eſt argumentum a judiciis ad ultimas voluntates *negative*, non *affirmative. Schneid. n. 7. Mont. tract. de teſtam. tit. 3. q. 1.* Concordat N. Oe. Land-Tafel. *lib. 2. tit. 5.*

§. Sed cum aliquis. 7.

Diximus, quod ſervus in teſtamento teſtis adhiberi nequeat; ſed

Q. hic: *Quid Juris, ſi ſervus, qui vulgo credebatur eſſe liber, defacto teſtis fuerit adhibitus?* R. Imperator, quod ex liberalitate tali teſtamento ob favorem ultimæ voluntatis ſubveniat, vel valere faciat. *text. hic. & l. 1. C. de teſtam. Schamb. & Manz. hic.*

Dices: ergo error communis facit Jus? R. quod error communis non ſit adæquata ratio, quare tale teſtamentum ſubſiſtat, ſed, ut ultima voluntas ſortiatur exitum. *Myſing. & Vinn. hic.* Quomodo autem, & quando error communis faciat Jus, eſt altioris indaginis. *Vide Zoeſ. ff. de off. Praeſ. ad l. Barbarius.*

§. Pater. 8.

Q. In hoc §. *an ex eadem domo plures teſtes producere liceat?* v. g. ego volo teſtamentum condere, poteſtne in eo adhiberi teſtis pater, & filius ſimul? item duo fratres? Rationes dubitandi ſunt duæ. I. Eſt, quoniam teſtimonium domeſticum reprobatur. *§. 9. h. t. & c. 24. de teſtib.* II. Quia non reputatur, ut idoneus teſtis, cui imperari poteſt. *l. 6. ff. de teſtibus.*
15 Verum *Imperator* ſtatuit, patrem & filium, item duos fratres, in eodem teſtamento recte adhiberi teſtes, ratio: quia in teſtamento extranei ceſſat omnis ſuſpicio falſitatis, colluſionis, aut conſpirationis. *Harp. n. 2.*

Ad I. rationem dubitandi R. Quod domeſticum teſtimonium tum demum reprobetur, ſi negotium ſit inter ipſos domeſticos; non etiam, ſi negotium verſetur inter extraneos, tunc enim ceſſat ſuſpicio colluſionis.

Ad II. Patet ſolutio, quoniam *d. l. 6.* procedit, ſi Is, cui imperari poteſt, teſtis fiat in cauſa imperantis, ſecus, ſi fiat teſtis in cauſa extranei. *Schamb. hic. n. 3.*

§. In

§. In Teſtibus. 9.

16 Declarat hic *Imperator*, quod liberi in teſtamento patris, cujus in poteſtate ſunt conſtituti, teſtes adhiberi nequeant, quia teſtimonium domeſticum reprobatur. *text. hic. & c. 24. ✠ de teſtib.* Ratio alia: quia in cauſa propria nemo eſt idoneus teſtis *l. 3. C. de teſtib.* ſed filius teſtaretur in cauſa propria, debet enim in teſtamento hæres inſtitui; ergo.

Ad verſ. Sed ſi.

17 Q. hic: *An pater poſſit eſſe teſtis in teſtamento filiifam. ſi de peculio caſtrenſi teſtatur?* & ℞. negative his verbis: *Sed, ſi filiusfam. de caſtrenſi peculio poſt miſſionem faciat teſtamentum, nec pater ejus recte adhibetur teſtis.*

Sed vehementer adverſatur *l. 20. §. 2. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* his verbis: *Per contrarium quæri poteſt, an pater ejus, qui de caſtrenſi peculio poteſt teſtari, adhiberi ab eo in teſtamento teſtis poſſit? & Marcellus ſcribit, poſſe.*

Hottomannus in hac textuum contrarietate exiſtimat, tantam eſſe difficultatem, ut videatur operam ludere, qui eos tentat in concordiam reducere. Sed maneat ſua Hottomanno fidea: ego referre exiſtimo, an filiusfam. ante miſſionem Jure *militari*, vel poſt miſſionem Jure *communi* teſtetur? In priori caſu ſortitur locum, *d. l. 20. §. 2.* tametſi enim filiusfam. Jure militari teſtamentum condens, nullis plane teſtibus indigeat, atque ita inepta videatur dubitatio: poſſitne pater in tali teſtamento teſtis eſſe? quia tamen non ſemper teſtamentum ſcriptum, ſed quandoque nuncupativum conficit, hoc ſaltem caſu quæſtioni noſtræ locus erit. In poſteriori caſu obtinet § 9 *hic*. Ratio differentiæ eſt: quia ſi filiusfam. in caſtris ante miſſionem teſtamentum condit, legibus, & ſolennitatibus ſolutus eſt, poſt miſſionem vero Juris præcepta obſervare tenetur. *Gleſtle tract. de teſtam. c. 2. §. 1. n. 8. Harp. n. 6. Mant. n. 9. Ludw. hic.*

§. Sed neque hæres. 10.

18 Q. hic: *An hæres in eo teſtamento, in quo inſtitutus eſt, poſſit eſſe teſtis?* ℞. Quod neque hæres ipſe: quia in cauſa propria nemo eſt idoneus teſtis *d. c. 24 ✠ de teſtib. & l. 10. C. eod.* Neque is, qui in poteſtate ejus eſt, nec pater ejus, nec fratres, qui in ejusdem patris poteſtate ſunt, teſtea adhiberi poſſint, domeſticum enim teſtimonium reprobatur. *Mant. & cæteri omnes hic.* Concord. N. Oe. Landt-Taſel. *loc. cit.*

§. Legatariis. 11.

19 Q. hic: *An legatarii, & fideicommiſſarii poſſint eſſe teſtes in teſtamento?*

Ratio dubitandi eſt; quia nemo poteſt eſſe teſtis in propria cauſa; atqui legatarii, & fideicommiſſarii cenſentur teſtificari in cauſa propria; tunc

enim propria cauſa verſari dicitur, quando ex illa quoddam emolumentum, vel damnum ad aliquem redundat. *l. 1. § 11. ff. quando appelland.* ſed ex hac cauſa id contingit, quia teſtamento ſubſiſtente, legata etiam, & fideicommiſſa ſubſiſtunt, eo autem corruente, & infirmato, legata quoque corruunt, ergo.

Verum, hac ratione dubitandi non attenta, ſtatuendum eſt, legatarios, & fideicommiſſarios in teſtamento recte adhiberi teſtes. Ita *Mant. tract. de teſtam. tit. 5. quaſt. 1. n. 50. Gloſſe loc. cit. c. 4 § 1. n. 12. Harp. Inſt. hic. n. 11. Zoeſ. ff. qui teſtam. fac. poſſ. n. 36.* Concord. *Jus Auſtriac.* N. Oe. Land-Tafel, *lib. 2. tit. 5.* aber die legatarien, und andere Particular-Geſchäft-Genoſſene mögen in dem Teſtament wohl zeugen, es wäre dann das Legat wichtig, und groß, ſo kunten ſie, dem Landes-Brauch nach, nicht Sigler ſeyn.

Probatur 1. per § 11. *hic. & l. 20. ff. d. t.* quibus locis luculenter ſancitur, legatarios, & fideicommiſſarios in teſtamento recte adhiberi teſtes. ex ratione: quia non Juris ſucceſſores ſunt, & totum negotium videtur eſſe inter teſtatorem, & hæredem; non vero inter teſtatorem, & legatarios, ſive fideicommiſſarios. *Perez ad C. h. t. n. 13.*

Ad rationem dubitandi R. legatarios, & fideicommiſſarios non teſtificari in cauſa propria, ſed principaliter, & primario in cauſa hæredis, hujus enim utilitas, & emolumentum vertitur primario legatariorum vero utilitas tantum venit ſecundario, & in conſequentiam, multa autem ſecundario, & in conſequentiam permittuntur, quæ principaliter prohibentur. *l. 1. V. per conſequentias. ff. de author. & conſenſ. tut. Schamb. Inſt. hic.*

Urgebis: Licet teſtificantis commodum tantum veniat in conſequentiam, in cauſa tamen propria teſtis eſſe non poteſt. *L. ult. ff. de teſtib.* ubi advocatus in ea cauſa, in qua patrocinium præbuit, non poteſt produci teſtis; licet commodum ejus, puta, intereſſe exiſtimationis, ſecundario tantum vertatur; ergo etiam idem in legatariis, & fideicommiſſariis obtinebit. R. *conc. ant. neg. conſeq.* diſparitas eſt: quod legatarii, & fideicommiſſarii non adhibeantur teſtes ad probandam rei geſtæ veritatem (alias enim duo ſufficerent) ſed ad ſolennizandum teſtamentum. Ita *Schamb. Inſt. hic.* Verum hæc ipſa ſolutio exinde ſuſpecta redditur, quod legatarius non ſolum ad ſolennizandum teſtamentum, ſed etiam ad probandam veritatem teſtis recipiatur. *Farinac. tract. de teſtib. quaſt. 60. n. 289.* Alia proinde ſolutio tribuenda. dic eſſe ſpeciale in teſtamento, quod legatarii in eo poſſint adhiberi teſtes, rationem autem ſpecialitatis in eo conſtitui, ne alias difficile ſit reperire aliquos, qui teſtes agerent; enimvero omnes refugerent officium teſtis, ſi ſcirent, hac via omnem ſpem legati præcidi. *Menoch. de arbit. jud. lib. 2. caſ. 106. n. 14.* Aliter adhuc R. *Harp. Inſt. hic. n. 12. Mant. loc. cit. n. 53.*

§. Ni-

§. Nihil. 12.

Quamvis non ſit licitum Notariis in quacunque materia ſcribere inſtrumentum, ſed ſolenniora in pergamento ſcribere debeant, *Nov 44. c 2 Gail. lib.* 1. *obſ.* 119. *n.* 3. teſtamentum tamen in quacunque materia, ſeu charta, ſeu membrana, ſeu corio, ſeu ligno ſcribi poteſt; ratio non eſt alia, quam favor ultimæ voluntatis. *Manz. loc.*

§. Sed & unum. 13.

Tametſi nemo paganorum cum duobus teſtamentis decedere poſſit (ſemper enim prius rumpitur per poſterius. §. 2. *Inſt. quib. mod. teſtam. infirm.*) unum tamen teſtamentum pluribus codicibus confici poteſt, ita tamen, ut ſint ejusdem tenoris, & habeant omnes requiſitas ſolennitates, quæ ſi obſervatæ non fuerint, cum reliqua non teſtamentum, ſed apographa, ſeu deſcriptiones tantum, & copiæ, vulgo Copey, oder Abſchrifften nominabuntur. N. Oe. Land-Tafel, *lib.* 2 *tit.* 9.

§. Sed hæc, fin.

20 Hactenus de teſtamento ſolenni *ſcripto*: recta methodo ſequitur de *nuncupativo*, vocatur autem teſtamentum nuncupativum, quando teſtator lingua ſuam voluntatem exprimit, & viva voce hæredem nuncupat, de hoc teſtandi genere agit *l.* 21. §. 2 *&* *l* 26. *C. de teſtam.*

21 Requiſita hujus teſtamenti abſolvunt ſequentia

I. Requiritur, ut teſtator hæredes palam, ſive, ut voce ſua exprimat nomen hæredis *l.* 21. *ff. qui teſtam fac poſſ. & l.* 29. *C h. t.* daß der Geſchäfftiger ſeinen letzten Willen lauter, und klärlichen mit eigenem Munde anzeige. N. Oe. Land-Tafel, *lib.* 2 *tit.* 10.

Dicitur *viva voce*, unde ſi teſtator articulate, *h. e.* verſtändlich, amplius loqui non poſſit, & nutu duntaxat Notario, forte interroganti, an Titium hæredem habere velit, aſſentiat, teſtamentum non valet. *l.* 29 *C. h. t.* ubi is, qui neque ſcribere, neque articulate loqui poteſt, mortuo aſſimilatur. Non aliud proinde erit ejus teſtamentum, niſi mortuum, h. e. nullum, & invalidum. *Fach. l* 5. *c.* 69. *Carpzov part.* 3. *Conſt.* 5 *defin.* 9 *Glettle loc. cit. c* 2 §. *n.* 2. *Manz. loc. cit n.* 53. ubi ait, nec illud teſtamentum valere: ſi vis me hæredem tuum eſſe, manum preme meam.

Q. II. *An nuncupatio per relationem ad ſchedam recte fiat? v g.* Q. *an valeat teſtamentum nuncupativum, ſi teſtator ſchedam aliquam in manibus teneat, vel apud Guardianum Franciſcanorum depoſitam habeat, & coram teſtibus viva voce declaret, illum hæredem eſſe, qui in præfata ſcheda ſcriptus eſt?*

I. Sententia *affirmat.* Ita *Berlich part.* 3 *concluſ.* 4. *n.* 22. *Zoeſ. ff qui teſta. fac. poſſ. n.* 56. *Struv. exercit. ad ff.* 33. *th.* 7.

Moventur I. hac ratione, quia non refert, quid fiat ex æquipollentibus; *l. 11 §. ſi cui. ff. de leg 3.* atqui relatio ad ſchedam videtur eſſe æquipollens, cum æque perinde de nomine hæredis conſtare poſſit, quam per vivam vocem; ergo.

Moventur II. per *l. 9 §. 8. ff. de hæred. Inſtit.* ubi: *ſi quis nomen hæredis quidem non dixerit, ſed indubitabili ſigno demonſtraverit, valet inſtitutio;* atqui relatio ad ſchedam eſt ſignum indubitabile; ergo.

Moventur III. per *l. 6. ff. de R. C.* ubi nihil referre dicitur, an proprio nomine res appelletur, an digito oſtendatur, aut vocabulis aliis demonſtretur, ergo idem in noſtro caſu aſſerendum.

22 Verum, utut hæc ſententia veri ſpeciem præſeferat; *negativa* tamen præplacet, quam calculo ſuo muniunt *Bachov. Inſt. loc. Manz. tr. de teſtam. tit. 4. q. 2. n 16 Brunnem. ad d. l. 31. ff. qui teſtam. fac. poſſ Gleſtle loc. cit. n. 6.*

Probatur hæc poſterior *Sententia* per *Textum* evidentem in *d. l. 21.* his verbis: *Hæredes palam, ita, ut exaudiri poſſint, nuncupandi ſunt;* Sed, ſi relatio fiat ad ſchedam, tam parum exaudiuntur, quam parum ego exaudirem decretum Principis, ſi in ſcripturam redactum mihi quidem oſtenderetur, non tamen prælegeretur.

Accedit præterea genuina ratio, quia nimirum inter teſtamentum ſcriptum, & nuncupativum hæc potiſſimum differentia adſtruitur, quod in illo teſtes ignorent, quis ſit hæres, in hoc vero id ſciant. *Harp. loc. n. 3. Schneid. in rubr. h. t. n 2 § fin. eod n.* Quæ ſane differentia ceſſaret, ſi relatio ad ſchedam recte fieret.

Ad I. R. *d. l. 11. §. ſi cui. ff. de leg.* 23 *3.* non procedere in caſu, quo aliquid pro forma ad actum aliquem deſideratur, forma enim per æquipollens non adimpletur. *l. 33 ff. de Jurejur.* Sic, licet per teſtimonium mulieris de voluntate teſtatoris conſtare poſſet, coercetur tamen a ferendo teſtimonio, quia maſculus teſtis de forma requiritur.

Ad II. *dico*, requiri tale indubitabile ſignum, ex quo teſtibus nomen hæredis ſtatim innoteſcit, quale non eſt relatio ad ſchedam.

Ad III. Jam patet ſolutio, quoniam demonſtratio, per digitum facta, tale ſignum eſt, ex quo teſtibus ſufficienter innoteſcit, quis ſit hæres.

II. Requiritur ad teſtamentum nuncupativum, ut teſtator nuncupationem ſuam omnino abſolverit. Unde, ſi teſtator inter teſtandi actum obmutuiſſet; vel in ſermone defeciſſet, vi ſubita morbi, ſive epilepſia, ſive apoplexia impeditus, ita, ut nihil amplius proloqui potuiſſet, teſtamentum non valeret *l. 25 ff. qui teſtam fac. poſſ.* Ratio: quia Jus noſtrum non patitur, aliquem pro parte teſtatum, & pro parte inteſtatum decedere. *l. 7. ff. de R. J. Manz. loc. cit. n. 50.*

III. Requiritur, ut adhibeantur 7. teſtes. *d. l. 21. §. 2. & l. 26. C. de teſtam.* iique ſint in conſpectu teſtatoris, *l. 9. C. eod.* ne forte per fraudem contingat, ut quis ſuborneτur, & vocem teſtatoris effingat.

IV. Ut teſtes fuerint ſpeciatim ad hunc actum rogati, vel convocati *d. l. 21. § pen Schneid. n 1. Harp. n. 2. Manz. n 62. & ſeqq. loc. cit.*

Advertis modo, in teſtamento nuncu-

cupativo eadem fere ſolennitates requiri, quæ in ſcripto ſunt neceſſariæ, præter externam ſolennitatem ſcripturæ, ſubſcriptionis, & ſubſignationis. *Perez ad C. h. t. n. 12. Mynſing. n. 4. hic. Zoeſ. ff. qui teſtam. fac. poſſ. n.54.* Sane tamerſi ad teſtamentum nuncupativum ſcriptura non requiratur, non tamen inepte ille fecerit, qui illud in ſcripturam a Notario redigi curaverit, ut nimirum in caſu, quo teſtes mortui, aut in longinquas regiones digreſſi ſunt, ultima voluntas nihilominus ſufficienter doceri poſſit. *Glettle tract. de teſtam. c. 2. §. 2. n. 1. Zoeſ. n. 57. Schneid. n. 7. Perez ad C. h. t. n. 13.* Neque tamen eapropter deſinet eſſe teſtamentum nuncupativum, cum ſcriptura non ſolennitatis, ſed probationis ergo adhibeatur, prout in ſimili de conſuetudine diximus, quæ licet in ſcripturam redigatur, adhuc tamen Jus non ſcriptum manet. *Schamb. Inſt. hic. Manz. tract. de teſtam. tit. 4. q. 2. n 47.*

24 Q. III. *An ſolennitates hactenus enumeratæ ſint de forma ſubſtantiali; an de probatoria tantum?* Sive (ut magis perſpicue loquar) *an teſtamentum debitis ſolennitatibus deſtitutum, ita nullum ſit, ut ne quidem in foro animæ teneat?* Caſus ſolenniſſimæ hujus, a Theologis non minus, quam Juriſperitis utramque in partem vehementi diſſidio agitatæ *controverſiæ* talis eſto: Sempronius coram 5 teſtibus, vel coram 7. ſed non idoneis, forte, quia per imprudentiam mulierem adhibuit, condidit teſtamentum, & me hæredem ſcripſit. Conſurgit quæſtio, an ego poſſim vigore hujus teſtamenti res, quas forſitan ex hæreditate poſſideo, ſalva conſcientia retinere; vel, ſi hæres ab inteſtato res hæreditarias poſſideat, in foro conſcientiæ illas mihi reſtituere teneatur?

Sunt non infimæ notæ AA qui *negativam* fortiter ſuſtineant, doceantque tale teſtamentum neque in foro fori, neque in foro poli ſubſiſtere, atque adeo me obligari in conſcientia, res ex tali teſtamento acquiſitas legitimis hæredibus reſtituere. *Ita Covar. in c. cum eſſes. 10. ✕ de teſtam. n. 6. & ſeqq. Perking lib. 3. de teſtam. ſect. 1. §. 3. n. 13. Card. de Lugo de J. & J. diſp. 2. ſect. 9. Layman. lib. 1. Theolog. moral. tract. 4. c. 17. n. 2. & ſeqq. Gomez ad leg. Tauri. 3. n. 120. P. Engel de Conſtitut. § 3. n 54. Glettle tract. de teſtam. c. 1. §. 5. Manz. tract. de teſtam. tit. 5 q. 7. Harp. §. 3. Inſt. h. t. n. 26 Schamb. Inſt. hic. Franz. ſelect. quæſt. 22.*

Fundamenta hujus *ſententiæ* ſunt ſequentia.

I. Taliter adornant: Lex juſta in foro fori, eſt etiam juſta in foro poli; uti patet in præſcriptione, & uſucapione; ſed lex, quæ irritat voluntatem teſtatoris, debitis ſolennitatibus deſtitutam, eſt juſta in foro fori, quoniam reſpicit utilitatem Reipublicæ, ut videlicet teſtamenta a fraudibus reddantur immunia; ergo eſt etiam juſta in foro poli.

II. Ita efformant: Judex teſtamentum debitis ſolennitatibus deſtitutum, juſte pronuntiat eſſe nullum, & hæreditatem legitimis hæredibus juſte adjudicat; *arg. l. 3. C. h. t.* ergo tale teſtamentum erit etiam nullum in foro con-

conſcientiæ; alias ſequeretur, quod is, qui pro ſe habet ſententiam juſtam, non eſſet tutus in conſcientia.

III. Hunc in modum adſtruunt: de Jure Canonico teſtamentum, ſine præſentia Parochi conditum, eſt nullum; *c. cum eſſes.* 10. ✠ *h. t.* ergo non obligat in conſcientia; alias ſequeretur, quod Jus Canonicum actum aliquem declaret nullum, qui tenet in conſcientia.

IV. Deſumunt ex *l.* 23. *&* *l.* 29. *C. de fideicommiſſ.* Quibus locis perſpicue traditur, legatum, vel fideicommiſſum, in teſtamento imperfecto relictum, peti non poſſe.

V. Sic effingunt: ad omnem actum requiritur non tantum voluntas, ſed etiam poteſtas. *arg. l. nemo poteſt. ff. de legat.* atqui in noſtro caſu deficit poteſtas, quia nemo poteſt validum teſtamentum conficere ſine ſolennitatibus lege requiſitis; *l.* 21. *C. de teſtam.* ergo.

VI. In eo ponunt: quod actus, a lege ſimpliciter irritatus, cenſeatur irritatus non tantum in foro externo, ſed etiam interno; ſic matrimonium clandeſtinum per *Concil. Trident. ſeſſ.* 24 *de reformat. Matrim. c.* 1 ſimpliciter irritatum, dicitur irritatum non tantum in foro externo, ſed etiam interno. Item profeſſio ante 16. annum emiſſa, in *Concil. Trident. ſeſſ.* 25. *de Regularib. C.* 15. ſimpliciter irritata, dicitur in utroque foro irritata; atqui teſtamentum, debitis ſolennitatibus deſtitutum, eſt ſimpliciter irritatum; *l.* 21. §. 1. *C. h. t.* ergo cenſetur non tantum in foro externo, ſed etiam interno irritatum.

Verum, his non *attentis*, ſemper mihi viſa eſt, & adhuc videtur verior, tutiorque ſententia, quæ docet teſtamentum, debitis ſolennitatibus deſtitutum, in foro conſcientiæ tenere, adeoque ab hærede ſcripto licite retineri res ex tali teſtamento acquiſitas, nec reſtituendas eſſe hæredibus ab inteſtato; ſed hos potius teneri, ſcriptis hæredibus eaſdem reddere. Ita docent *Molina de J. & J. diſp.* 81. *n.* 16. *Leſſ. lib.* 2. *de J. & J. c.* 19. *dubit.* 3. *n.* 13. *Fach. l.* 4. *cont.* 5. *Zoëſ. ff. qui teſtam. fac. poſſ. n.* 42. *Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *diſp.* 10. *th.* 5. *lit. A. Vinn.* §. 3. *Inſt. h. t. n.* 8. *Mantic. de conject. ult. volunt. lib.* 2. *tit.* 14. *n.* 13.

Probatur I. Ubicunque datur obligatio naturalis, ibi datur obligatio conſcientiæ. *c. novit.* 13. ✠ *de Judæis.* Sed ex teſtamento, licet debitis ſolennitatibus deſtituto, datur obligatio naturalis; ergo etiam datur obligatio conſcientiæ. *Min. oſtenditur.* Solutum ex teſtamento imperfecto repeti non poteſt, *l.* 2. *C. de fideicom. l.* 16. *C. de teſtam.* ergo ex teſtamento imperfecto naſcitur obligatio naturalis, quia id, quod nullo modo, *h. e.* neque naturaliter, neque civiliter debetur, ſi ſolutum ſit, repeti poteſt. *l.* 7. *l.* 13. *ff. de condict. indeb. Schneid. Inſt.* §. 1. *Quib. mod. re contrah. oblig. n.* 3. *Perez. Cod. de condict. indeb. n.* 3. *Zoëſ. ff. eod. n.* 9.

Dices: Non ideo ſolventi legatum ex teſtamento imperfecto repetitionem per condictionem indebiti non dari, quia illud legatum debetur naturaliter; ſed ideo, quia illud ſolvendo commiſit errorem Juris, quæ-

ſdem errorem qui committit, condictionem indebiti perdit, licet ſolutum neque naturaliter, neque civiliter fuerit debitum. *l. 10. ff. de Juris, & facti ignorant. Zoeſ. ff. loc. cit. 14. Harp. §. 1. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig. n. 54. R. Neg. & perneg* errorem Juris cauſam eſſe amiſſæ condictionis indebiti, tametſi enim *Zoeſ. & Harp.* autument, condictionem indebiti non competere, ſi id, quod neque naturaliter, neque civiliter debitum eſt, ſolutum ſit; contraria tamen ſententia tam de Jure, quam de ratione naturali æquitati longe videtur eſſe verior, prout eam acriter propugnant *Carpzov. p. 3. conſtit. 15. defin. 42. Sichardus in l. 1. C. de condict. indeb. n. 2. Weſemb. in paratit. ad ff. eod. n. 9. & centeni alii*, qua tamen de re nos alibi.

Probatur II. Ex *different. text. l. 2. C. de fideicommiſſ.* his verbis: *Etſi fideicommiſſum relictum ſit, ſi tamen hæredes, comperta voluntate defuncti, id præſtiterint, nulla ejus quæſtio fideicommiſſarii moveri poteſt, cum non ex ſola ſcriptura, ſed conſcientia relicti fideicommiſſi, voluntati defuncti videatur ſatisfactum.* En! ut teſtatoris voluntati ſatisfactum eſſe dicatur, non eſt neceſſe, ut ſcriptura, *h. e.* teſtamentum valeat; ſed ſufficit, quod hæres ſciverit voluntatem defuncti, quam tenetur adimplere, eo quod de Jure naturæ ſufficiat, quod de voluntate teſtatoris ſatis conſtet.

Probatur III. Hoc *argumento*, id quod ex teſtamento imperfecto debetur, recte deducitur in conſtitutum; *Schneid. §. 8. Inſt. de act. n. 23.* ergo ſignum eſt, quod debeatur naturaliter, quia quod neque naturaliter, neque civiliter debetur, in conſtitutum non deducitur. *Zoeſ. ff. de conſtit. pecun. n. 5. Schneid. loc. cit.*

Probatur. IV. Ut teſtamentum de Jure naturæ valeat, ſufficit, interveniſſe duos, aut tres teſtes; *arg. c. cum eſſet. 10. X. de teſtam.* ubi dicitur, quod in ore duorum, aut trium conſiſtat omne verbum, atqui teſtamentum, quod valet de Jure naturæ, obligat in conſcientia, *d. c. novit. 13.* ergo

Probatur V. Solennitates, quas Jus Civile in teſtamentis conficiendis requirit, ideo debent adhiberi, ne facile committantur fraudes. *l. ult. C. de fideicommiſſ. l. 21. C. de teſtam.* Sin ergo de veritate, & enixa teſtatoris voluntate certo conſtet, teſtamentum valebit; tametſi ſolennitatibus, Jure Civili requiſitis, inſtructum non ſit.

Argumenta contraria ea, quæ producuntur, facilitate contunduntur.

Ad I. quidem *R. Neg. maj.* tametſi enim quandoque lex in foro fori juſta ſit, utpote ob juſtam, & gravem cauſam in Reipubl. emolumentum conſtituta; non tamen eapropter in foro etiam conſcientiæ obtinet. Quod ipſum ſatis perpendiſſe videtur ſapientiſſimus Romanorum Seneca: *Anguſta* (ſiquiens) *conſcientia eſt, ſecundum legem eſſe juſtum.* Sic licet emptor in caſu, quo venditor infra dimidium ex contractu læſus eſt, in foro externo supplere pretium non teneatur, nemo tamen dixerit, quod in foro conſcientiæ etiam non teneatur.

Item, licet actioni redhibitoriæ, quanti minoris, de dolo malo, certo tempore, ita præſcribatur, ut intentari in

in judicio nequeant; reus tamen, qui dolum commiſit, in foro conſcientiæ tutus non eſt. Pariter, licet de Jure Civili quis mala fide præſcriptionem longiſſimi temporis ita compleat, ut rem præſcriptam in foro fori non teneatur reſtituere, tenetur tamen in foro conſcientiæ. Denique fac, quod Titius tibi abſtulerit catenam auream, & eapropter a te actione rei vindicatoria impetatur, nunquid ſi tu in probatione dominii deficias, Titius in foro fori abſolvitur, & tamen in foro poli tutus non eſt, ergo lex juſta in foro fori, non ſemper eſt juſta in foro poli.

Ad II. Ex dictis patet ſolutio: Judex enim judicat ſecundum forum fori. Sic in dato ultimo exemplo Titium recte abſolvit a reſtitutione catenæ aureæ, tametſi Titius eam non reſtituendo peccet.

Ad III. ℞. Etiam in Jure Canonico forum fori diſtingui a foro poli. Sic Jus Canonicum permittit contrahentes invicem ſe decipere, dummodo læſio non excedat dimidium juſti pretii. *c. pen. & c. cum dilecti.* ✠ *de empt. & vend.* & tamen hoc non licet in foro conſcientiæ. Paulus enim Apoſtolus admonuit, ne quis in negotio circumveniat fratrẽ ſuum. Deinde Jus Canonicum teſtamentum coram duobus teſtibus ſine præſentia Parochi confectum, ſolummodo declarat nullum in foro externo, non etiam in interno, quemadmodum exinde patet, quod ad tale teſtamentum infringendum de Jure Canonico nullum remedium datum ſit. Sane etiam Jus Canonicum in foro fori multa decernit, quæ tamen in foro poli non ſemper procedunt. Vide *Mansc. loc. cit. n.* 24.

IV. Exinde ruit, quod nos ipſi adverſarius concedamus, legatum, vel fideicommiſſum ex teſtamento imperfecto per actionem aliquam in foro externo peti non poſſe, ſed illud negemus, in foro conſcientiæ peti non poſſe.

V. Ex dictis convellitur; tametſi enim deficiat poteſtas, aliquem ex teſtamento imperfecto obligandi de Jure civili, & in foro fori; non tamen deficit poteſtas illa obligandi in foro conſcientiæ, utpote in quo ſufficit, quod teſtamentum valeat de Jure naturæ, *h. e.* ſufficienter conſtet de voluntate defuncti.

Ad VI. & *ultimum arg. maj.* Ad confirmationem dico, quod a Concilio Tridentino expreſſe clauſula irritans matrimonium clandeſtinum, & profeſſionem ante 16 annum, etiam quoad forum conſcientiæ ſubjuncta fuerit; nullibi autem in toto noſtro Jure cautum eſt, teſtamentum, in foro fori nullum, eſſe quoque irritatum in foro conſcientiæ.

Ex *dictis* luculenter patet utriusque *Sententiæ* tanta probabilitas, ut dubium mihi nullum hæreat, poſſe aliquem utramque tuto ſequi; quoties enim duarum opinionum, practice probabilium, conflictus occurrit, poſſum quamlibet tuto ſequi, etiam contra propriam opinionem probabiliorem, & tutiorem viſam. *P. Sporer in Decalog. p. 1. tract. 1. c. 1. ſect. 2. aſſert.* 8. §. 1. *&* 3.

Porro, quæ hucusque de teſtamentorum requiſitis, & ſolennitatibus accumu-

cumulavimus, ab eorum obſervatione fere ubique gentium receſſum eſſe, teſtis eſt *Perez ad C. h. t. n.* 20

25 Si de Jure *Auſtriaco* ad valorem teſtamenti ſcripti nullæ penitus ſolennitates requiruntur; ſed ſufficit, quod ſit holographum, *h. e.* a principio usque ad finem propria manu teſtatoris ſcriptum, & ejus ſubſcriptione, nec non ſigilli appreſſione munitum. N. Oe. Land-Tafel, *lib.* 3 *tit.* 3. Wann einer ſein Teſtament, und letzten Willen von Anfang bis zu Ende mit eigener Hand durchaus ſchreibet, und unterſchreibet, alſo, daß keine fremde Schrift darein gemiſchet, und ſolches Teſtament mit ſeinem eigenen Inſigel, oder Pettſchaft verfertiget, ſo wird daſſelbe, dem Lands-Brauch nach, für zierlich und kräftig gehalten, und iſt einiges Zeugens, fremder Sigill, oder Pettſchaft, noch anderer Zierlichkeit darzu nicht vonnöthen. Ita quoque in excelſo Regimine judicatum eſſe teſtatur *Sutting* in M. S. *lit. T.* ℣. *Teſtamentum holographum.*

Dixi: mit eigener Hande durchaus ſchreibet; Teſtamentum enim manu aliena ſcriptum, & teſtatoris ſola ſubſcriptione, & ſigillatione munitum, non ſubſiſtit. N. Oe. Land-Tafel, *loc. cit.* his verbis: Da er aber ein Teſtament mit eigener Hand nicht unterſchreibet, ſondern daſſelbe einem andern ſchreiben läſſet; ob er ſolches Geſchäft gleich unterſchreibet, und daſſelbe mit ſeinem Sigill, oder Pettſchaft verfertiget, ſo iſt es doch nicht zierlich, noch kräftig, es ſeye dann Sache, daß ſolches Teſtament auf das wenigſt 1. oder 2. Zeugen mit ihren Pettſchaften, neben dem Geſchäftiger, verfertigen.

Dicta procedunt de teſtamento *ſcripto*. Ad *nuncupativum* de Jure *Auſtriaco* requiritur, ut adhibeantur 5 teſtes. N. Oe. Land-Tafel, *lib.* 3 *tit* 10. Die Wort und mündliche Geſchäfte, Teſtamenta nuncupativa genannt, mögen, dem Lands-Brauch nach, folgender Geſtalt geſchehen. Nemlichen, daß er, Geſchäftiger 5. angeſeſſen ehrbare Männer zu ſich beruffen, und denenſelben ſeinen letzten Willen lauter, und klärlich mit eigenem Mund anzeige, mit Bitt, daß ſie ſolches ſeines letzten Willens eingedenck, und Zeugen ſeyn: auch darum vor der ordentlichen Obrigkeit zu gebührender Zeit ausſagen wollen, wie Rechts iſt, ꝛc.

Joannes Henricus Reutter *in ſuis differentiis Juris civilis, & Auſtriaci, ad Tab.* 7. *n* 7. aſſerit in teſtamento nuncupativo, excepta civitate Viennenſi, in aliis Dicaſteriis ſufficere, ſi adhibiti fuerint tres teſtes. Auſſer der Burgerſchaft iſt bey anderen Oeſterreichiſchen Gerichts-Stellen genug, wann 3. giltige Zeugen bey einem Teſtament, es ſeye ſchriftlich, oder mündlich, adhibiret worden.

At *quid, ſi duo tantum fuerint adhibiti? Manzius tract. de teſtam. tit.* 4. *q.* 2. *n.* 68. *Carpzov. part.* 3. *conſt.* 4. *defnit.* 42. *n.* 3. Item *Walter de Jure conſuet Auſtr. l.* 3. *tit.* 3. ℣. Welcher dann ꝛc. exiſtimant in Auſtria, & Venetiis illos ſufficere. Sed contrarium ſcribit *Suttinger in lit. T* illis verbis: So haben doch die Hochlöbl. N. Oe. Regierung, und Lands-Rechten das Contrarium erkennet, und iſt noch nicht erwieſen

wieſen, daß zwey Zeugen zu Verfaſſungeines Teſtaments, vermög Lands-Brauch, genug ſeynd.

Proinde optime, & ſecuriſſime ille fecerit, qui nuncupative teſtari volens, ad minimum 3. 4. aut 5. teſtes adhibuerit, vel omnino ſolennitates Juris *communis* obſervaverit. *Fünfterwald. l. 2. obſ.* 127. *n.* 6.

TITULUS XI.

De Teſtamento militari.

SUMMARIA.

1. *Teſtamentum militare valet ſine ſolennitatibus.* 2. *Quæ ſit ratio hujus privilegii?* 3. *Milites ſtationarii, & limitanei hoc privilegio non gaudent.* 4. *Veterani milites qui dicantur?* 5. *Teſtamentum militare poſt miſſionem durat uno anno.* 6. *Teſtamentum, Jure paganorum nullum, per militiam ſequentem confirmatur.* 7. *Milites togati an Jure militari teſtentur?*

Hucusque dictum eſt de teſtamento *ſolenni*; ſequitur de *minus ſolenni*, quale eſt teſtamentum *militare.*

Ad princip.

1 Enumeratas hactenus ſolennitates milites in ſuis teſtamentis adhibere non debent; ſed eorum teſtamenta valent, licet neque legitimum numerum teſtium, neque aliam teſtamentorum ſolennitatem adhibuerint, dummodo conſtet de ipſorum voluntate; ſola enim voluntas militis pro Jure habetur. *text. hic. & l.* 1. *ff. h. t.* Itaque ſi miles ſuam voluntatem in vagina, ſeu clypeo, literis ſanguine ſuo rutilantibus, declaraverit, aut in pulvere ſcripſerit, valet ejus voluntas Jure teſtamenti. *l.* 15. *C. h. t. Brunnem. in d. l.* 15. *n.* 2.

2 Q. I. *Quæ ſit cauſa, & ratio, quod militibus hoc privilegium conceſſum ſit?* Rejiciunt alicui rationem in ſimplicitatem, & imperitiam militum, utpote qui arma magis, quam Jura, & leges ſcire, intelliguntur. *l. fin. C. de Jure delib.* Sed impulſiva magis eſt, quam adæquata hæc ratio: non enim longe efferre oculos neceſſe eſt, & deprehendes, noſtris etiam temporibus reperiri milites, in quorum ingeniis non ultimo loco Jurisprudentiæ intelligentia collocata eſt.

Adæquata proinde ratio hujus privilegii ponenda eſt in periculis, quæ pro patriæ defenſione, & rerum noſtrarum glorioſa tuitione ſuſcipiunt. *Mont. Inſt. hic. n.* 4. *Schamb. q.* 1. *hic. Giettle tract. de teſtam. c.* 2. § 1. *n.* 2.

Ad verſ. Illis autem.

Explicat *Imperator hic*, quando milites hoc privilegio gaudeant, ſtatuitque, quod tunc demum eo uti valeant, cum in expeditionibus occupati ſunt

ſunt. *Text. hic. l. pen. C. h. t. & l. 1. C. eod.* in expeditione autem eſſe intelliguntur illi, qui ſunt in ipſo conflictu, & acie, vel qui in caſtris infoſſatis, in ſtativis, aut aliis locis hoſtilibus, irruptionibus obnoxiis exiſtunt. *Mans. n. 8. Perez. ad C. h. t. n.* 23.

3 Ex *dictis* ſequitur, milites ſtationarios, qui ad agendas excubias in urbibus, & mœnibus diſponuntur, ut ſunt, v. gr. hic *Viennæ* die Guardi-Soldaten: Item milites limitaneos, die auf denen Grantz-Häuſern liegen: Item illos, qui extra caſtra in aliis locis, vel in ſuis ædibus degunt, hoc privilegio non gaudere; ſed teneri omnia obſervare, quæ paganus aliquis obſervare tenetur. *l. ult. C. h. t.* ceſſante enim cauſa privilegii, ceſſat ipſum privilegium. *Mans. n. 4. Harp. n. 26. Gail. lib. 2. obſ. 118. n. 6.* Concord. N. Oe. Land-Tafel, *lib. 2. tit. 12.*

§. Plane. 1.

Tametſi dictum ſit, teſtamentum militis, quoquo modo factum, ſubſiſtere, de ſeria voluntate tamen teſtandi conſtare debet; non enim, quid ſcriptum, dictumve fuerit, attendi debet. *l. 19. ff. ad exhib.* Unde ſi miles (ut plerumque inter pocula, & opiparas dapes fieri conſuevit) jactabundo animo, vel ex joco, præſentibus quibusdam in aliquem converſus dixerit: *Ego te hæredem facio, aut bona mea tibi relinquo,* tale dictum pro teſtamento obſervari non debet; videtur enim miles magis, captandæ benevolentiæ cauſa, aut repentino affectu ſimile quid dixiſſe, quam ex animo faciendi talem hæredem; ſæpe enim lingua prævertit mentem. *Harp. n. 2. & 3.* Itaque de ſeria voluntate teſtandi conſtare debet, & quidem, ſi miles in ſcriptis teſtetur, ſufficit, quoquo modo ſuam voluntatem expreſſerit. *text. hic. & d. l. 15. Cod. h. t.* Si vero nuncupative voluntatem ſuam ultimam condere velit, duos ſaltem teſtes, aut tres adhibeat, neceſſe eſt, quoniam norma Jure militari teſtandi ad Jus gentium reducta eſt, quo Jure ſaltem duo teſtes requiruntur: in ore enim duorum, aut trium conſiſtit omne verbum, *d. c. cum eſſes. 10. X de teſtam. Mans. n. 10. Perez. ad C. h. t. n. 8.*

℣. Quin imo. 2.

Q. hic: *an mutus & ſurdus miles teſtari poſſit?* ℞. *diſtinguendum* eſſe, an a natura, an vero ex accidenti talis ſit? Ille teſtari nequit: quia ſurdus, & mutus a natura ad militiam plane inidoneus eſt, cum nec juramentum præſtare, nec teſſeram militarem enuntiare, nec claſſicum exaudire, nec imperium Belliducis percipere poſſit. Hic teſtamentum recte condit, & quidem Jure militari. *text. hic. Harp. n. 4. Mans. n. 9. pulchre Vinn. Inſt. hic. n. 2.*

§. Sed hactenus. 3.

Ex *hoc* §. IV. notanda dixeris.

4 I. Eſt, quod veterani milites illi dicantur, qui, exacto militiæ legitimo tempore, honeſte miſſi, & ſacramento ſo-

ſoluti ſunt. *l. 2. ff. de veteran.* Quod tempus 20. annorum fuiſſe, ait. *l. fin. C. de his, qui non implet. ſtipend. Schamb. hic.*

II. Eſt, quod milites poſt miſſionem, & abſolutionem a militia, quando videlicet veterani facti ſunt, Jure communi teſtari debeant. *text. hic.*

5 III. Eſt, quod teſtamentum, Jure militari factum, poſt miſſionem non duret, niſi uno anno. *l. 21. & l. 38. ff. h. t. Perez ad C. eod. n. 3.*

IV. Eſt, quod in caſu, quo hæredi adjecta eſt conditio, v. gr. *ſi Cæſar hoſtes vicerit*, inſtitutio hæredis valeat, etiamſi victoria demum poſt annum ſecuta fuerit. Ratio. quia conditio retrotrahitur ad tempus mortis. *Schamb. Mauz. & Vinn. hic.*

§. Sed etſi. 4.

6 Caſus hujus §. talis eſt: Paganus quidam fecit teſtamentum, non obſervatis ſolennitatibus Juris, deinde nomen dedit militiæ, quæſtionis eſt: num per ſequentem militiam confirmetur ejus teſtamentum?

Dixeris prima fronte, quod non: quia quod ab initio non valet, tractu temporis non convaleſcit. *l. 29. ff. de R. J.*

Verum decidit *Imperator*, quod tale teſtamentum per ſequentem militiam confirmetur, & valeat; modo tamen aliqua novæ voluntatis ſigna, & argumenta appareant, ex quibus colligi poſſit, quod miles velit illud Jure militari valere. *text. hic. & l. 9. §. 1. ff. h. t.*

Oppones *l. 15. §. 2. ff. eod.* his verbis: *Teſtamentum ante militiam factum a milite, ſi in militia deceſſerit, Jure militari valet, ſi militis voluntas contraria non ſit*, ergo non videtur requiri, ut novæ voluntatis ſigna exhibeantur; ſed ſufficiet, quod nihil in contrarium diſpoſuerit, & ſiluerit. Tametſi varii varias cogitationes fecerint pro ſolutione hujus *l. 15. §. 2.* mihi tamen breviter dicendum eſſe videtur, ſenſum legis talem eſſe: ſi militis voluntas contraria non ſit, & ſi ſimul per declarationem novæ voluntatis conſtet, quod contraria non ſit, ut tunc confirmetur teſtamentum; non vero, ſi penitus ſiluerit. *Schamb. hic. Harp. n. 2. Ludwel. Inſt. n. 1.*

§. Denique. 5.

Tametſi teſtamentum paganorum per arrogationem irritum fiat, *§. 1. Inſt. quib. mod. teſtam. infir.* deducitur enim ad ſtatum, a quo inchoare non poteſt, aliud tamen obtinet in milite; licet enim iſte patiatur minimam capitis diminutionem, ſeu per arrogationem, ſeu per emancipationem; teſtamentum tamen ejus non fit irritum. *text. hic. & l. 22. ff. h. t.*

§. Sciendum fin.

Duplices in Reipubl. communione reperiri milites, *togatos* nimirum, & *ſagatos*, in propatulo eſt. Ad togatos ſpectant *Advocati*, *Medici*, *Profeſſores*, Pro-

Pro-Conſules, *&c.* Non enim ii ſoli militant Imperio, qui gladiis utuntur, & clypeis, ſed Patroni cauſarum quoque, qui glorioſæ vocis munimine confiſi, laborantium ſpem, vitam, & poſteros defendunt. Dum enim *ſagati pilo*, rogati ſtylo; dum illi armamento, hi atramento; dum illi Marte, hi Arte; dum illi legionibus, hi legibus pro Reipubl. emolumento glorioſe decertant, *l. 14. C. de Advocat. diverſ. jud.* hinc etiam eſt, quod rogati milites peculium quaſi caſtrenſe habere dicantur, occaſione cujus

7 Q. hic: *An de illo Jure militari teſtari poſſint?* R. *Imperator*, quod de illo teſtari poſſint Jure communi, non vero Jure militari. *text. hic.* Ratio videtur eſſe: quia in his ceſſat imperitia, & neceſſitas expeditionis. *Menz. n. 4* Sed

Nunquid abſurdum eſt, milites ſagatos præferri rogatis? R. Nequaquam noſtro in caſu id abſurdum eſſe, cum ratio conceſſi ſagatis privilegii, puta, Juris imperitia, in rogatis exiguam gloriam pareret. Cæterum, quibus prærogativa debeatur, luculenter definit *Poeta*, dum canit:

Eſt toga Marte prior, calamus victricibus armis.
Quæ non arma queunt vincere, ſcripta queunt.

Item:

Sunt duo, quæ faciunt, ut quis ſit nobilis: Ars, Mars.
Major ab Arte venit gloria, Marte minor.

TITULUS XII.

Quibus non eſt permiſſum facere teſtamentum?

SUMMARIA.

1. *Filiusfam. non poteſt teſtari.* 2. *Etiamſi patris conſenſus accedat.* 3. *Limitatur in peculio caſtrenſi, & quaſi tali.* 4. *An de peculio adventitio extraordinario recte teſtetur?* 5. *Quid de Jure Auſtriaco?* 6. *Impuberes.* 7. *Furioſi.* 8. *Prodigi non teſtantur.* *Quid de mutis, & ſurdis?* 10. *Item de captis ab hoſte?*

HActenus de validitate teſtamenti ex capite cauſæ *formalis*; supereſt, ut de validitate ex parte cauſæ *efficientis* agamus, atque inquiramus de perſonis, quæ teſtari poſſint. Ubi pro regula generali tenendum, teſtari poſſe omnes, qui ſpeciali Jure non prohibentur. *Sichard. in C. h. t. n. 2. Mynſing. inſt. hic. Gliettle tract. de teſtam. c. 4. in pr.* Ratio hujus regulæ generalis eſt: quia teſtamenti factio eſt de genere permiſſorum, juxta vulgatum

gatum illud: *Uti quisquis rei ſuæ legaſſet, ita jus eſto. l. 12. ff. de V. S.* permiſſorum autem hæc natura eſt, ut quod expreſſe non prohibetur, pro permiſſo habeatur. *c. 23. de ſponſal. l. 1. ff. de teſtib. l. 43. ff. de procurat. Manz. tract. de teſtam. tit. 2. q. 1. n. 4. Funſterwald. lib. 2. obſ. 110. n. 9.*

Ad ℣. Statim.

Cum nulla ſit tam firma regula, quæ ſuas non patiatur exceptiones, ideo *Imperator hic* aliquot ponit ad regulam limitationes, ſeu exceptiones.

1 Excipiuntur autem I. illi, qui alieno Juri, & poteſtati ſubjecti ſunt, v. g. *ſervi, filiusfam.* ita, ut etiamſi filiusfam. eſſet centum annorum, tamen nec teſtari, nec codicillari poſſit. *l. 16. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* diciturque, id indubitati Juris eſſe *l. 3. § 1. C. eod.* Ratio: quia ad teſtamenti factionem requiritur libera voluntas, qualem non habet filiusfam. *l. 4. ff. de R. J.* ubi velle non creditur, qui obſequitur imperio patris. *Harp. n. 2. Manz. tract. de teſtam. tit. 2. q. 1. n. 88.*

Ad ℣. Adeo quidem.

2 Iſta concluſio, quod filiusfam. teſtari nequeat, ita extenditur, ut ne quidem patris permiſſu teſtari poſſit. *text. hic.* ultima enim voluntas non poteſt pendere ex alieno arbitrio. *l. 36. ff. de hæred. Inſt. Perez. ad Cod. h. t. n. 7. Manz. h. 13. hic.*

Dices: Filiusfam. conſentiente patre, poteſt donare mortis cauſa; *l. 25. § 1. ff. de mort. cauſ. donat.* ergo, conſentiente patre, etiam poterit teſtari. *R. conc. ant. neg. conſeq.* Diſparitas eſt, quod ad teſtamenti factionem, utpote quæ eſt Juris publici, *l. 3. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* requiratur, ut quis ſit paterfam. Ad donationem vero, mortis cauſa, utpote quæ eſt Juris privati, & accedit ad ſpeciem contractus, non requiratur, ut ſit paterfam. ſed ſufficiat, quod per donationem patri non fiat præjudicium. *Harp. n. 19. Franz. h. t. § 7. n. 8.*

Ad ℣. Exceptis iis.

3 Tametſi filiusfam. de peculio profectitio, & adventitio ordinario, cujus ſcilicet uſusfructus eſt penes patrem, teſtari nequeat; contrarium tamen obtinet in peculio caſtrenſi, vel quaſi tali, in hoc enim cum habeatur pro paterfam. ideo de illo recte teſtatur. *text. hic & l. pen. & ult. C. h. t. Manz. tract. de teſtam. tit. 2. q. 1. n. 137.* Sed

4 Q. I. *An filiusfam. de peculio adventitio extraordinario, cujus ſcilicet habet & uſumfructum, & proprietatem, teſtari poſſit?*

Dixeris primo intuitu, quod ſic. I. per *l. ult. §. 5. C. de bonis, quæ lib.* ubi in hæc verba reſcribitur: *Filiusfam. in his duntaxat caſibus, in quibus uſusfructus apud parentes eſt, donec parentes vivunt, ne de iisdem teſtari permittimus;* ergo a contrario in his caſibus, in quibus uſus-

uſusfructus apud parentes non eſt conſtitutus, teſtari permittitur. *arg. l. 1. ff. de off. ejus, cui mand. eſt Jurisd.*

II. Per *Nov.* 117. *cap.* 1. § 1. ubi filiusfam. de bonis pleno Jure poſſeſſis, quovis modo diſponere poteſt; ergo poterit etiam de iis teſtari.

III. Per *Nov.* 22. *cap.* 26. ℣. *Si vero.* ubi dicitur, filium poſſe de iis rebus, quas ex ſecundo patris matrimonio lucri fecit, teſtari, in his verbis: *five diſponant, ſive inteſtati moriantur.*

IV. Quia ideo poteſt filiusfam. de peculio caſtrenſi, vel quaſi tali teſtari, quia pleno Jure ipſius eſt dominus, & quilibet eſt ſuarum rerum moderator, & arbiter; *l.* 21. *C. mandati*; atqui filiusfam. peculii adventitii etiam eſt plenus dominus; ergo.

Verum, his non obſtantibus *Sententia contraria* communiter placuit. Ita *Zoëſ. ff. qui teſtam. fac. poſſ. n.* 17. *Bachov. ad Treutl vol.* 2. *diſp.* 10. *t.* 2. *lit. C. Harp. n.* 29. *hic. Glettle tract. de teſtam. t.* 4. §. 7. *n.* 21. *Fach lib.* 5. *c.* 94. *Mant. loc. cit. n.* 99. *Perez Cod. d. t. n.* 8. *Schobard. in rubr. Cod. tod. n.* 12.

Facit pro hac *Sententia l. l. pen. C. qui teſtam fac. poſſ.* ubi filiusfam. in quibusdam bonis, quæ ſine conſenſu patris poſſidet, non poteſt teſtari, ergo non poteſt teſtari de bonis adventitiis, quorum habet plenam proprietatem: quia tantum ſunt tria genera bonorum, quæ filius ſine conſenſu patris poſſidet, ſcilicet caſtrenſia, quaſi talia, & adventitia extraordinaria. De primis duobus poteſt teſtari, ergo de tertiis non poterit teſtari; alias enim nulla eſſent bona, quæ filiusfam. ſine conſenſu patris poſſidet, & de quibus teſtari non poteſt. Hoc *Argumentum* cum *Bachovio* non poſſe ſolvi, exiſtimo.

Facit II. evidens, & aperta ratio: quia ad teſtamenti factionem requiritur, ut quis ſit paterfam. *text. hic.* atqui reſpectu peculii adventitii extraordinarii filiusfam. non habetur pro patrefam. ergo.

Ad I. ℞. *d. l. ult.* §. 5. ad peculium caſtrenſe, vel quaſi tale, reſtringendam eſſe, quia tempore, quo *d. l. ult.* §. 5. lata eſt, unicus tantum fuit caſus, extra caſtrenſe, vel quaſi caſtrenſe peculium, quo patri in peculio filiifam. uſusfructus non acquirebatur, puta, ſi ſine conſenſu patris hæreditatem adiit, de hoc autem caſu *d. l. pen.* expreſſe conſtitutum eſt, quod teſtari nequeat; ergo deciſio *d. l. ult* §. 5. ad alios caſus, poſtea introductos, non recte extenditur, cum non ſoleat lex præterita teferri ad caſus futuros incognitos. Aliter *Glettle loc. cit.*

Ad II. ℞. *Nov.* 117. *c.* 1. §. 1. procedere de actibus inter vivos, uti patet ex requiſito perfectæ ætatis, quæ 25. annis compleri dicitur, ad teſtamenti autem factionem de Jure communi ſolummodo 14. anni deſiderantur.

Ad III. ℞. *d. Nov.* 22. *c.* 26. loqui de filio, ſui Juris facto, vel per mortem patris (quemadmodum patet ex verbis: *Præmoriente genitore*) vel per emancipationem.

Ad IV. *dico:* quod non defectus dominii impediat teſtamenti factionem, ſed patria poteſtas, quæ facit, quod filiusfam. non habeatur pro patrefam. niſi in peculio caſtrenſi, vel quaſi tali. *Schamb. hic.*

Zz

De

5 De Jure *Auſtriaco* filiusfam. de peculio, pleno Jure poſſeſſo, recte teſtatur. *Fünfterwald. lib. 2. obſ. 13. n. 6. Walter de Jure conſuetud. Auſtr. lib. 3. tit. 2.*

Idque vel maxime procedit, ſi filiusfam. uxoratus, vel filiafam. ad mariti domum deducta ſit: ex conſuetudine enim Germaniæ paſſim nuptiæ faciunt, ut quis pro patrefam. habeatur. *Mant. tract. de teſtam. tit. 2. q. 1. n. 164.*

Ad verſ. Ex hoc.

Differentia peculii *profectitii*, *& caſtrenſis* in eo potiſſimum conſiſtit, quod illud propter æs alienum patris creditoribus cedat, hoc non etiam. Illud conferri debeat, hoc non etiam. *text. hic.*

§. Præterea. 1.

6 II. Teſtari prohibentur impuberes. *text. hic.* Quia nullum eorum animi judicium eſt. *l. fin. C. de teſtam. milit.* Itaque maſculus 14. fœmina 12 annos habeat, neceſſe eſt, ut de Jure communi teſtari valeant. *l. 5. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Nec attenditur, malitia ætatem suppleat; nec ne? quoniam prædicta ætas de forma requiritur, quæ per æquipollens non adimpletur. *Mant. loc. cit. n. 52. Schamb. hic. Fünfterwald. lib. 2. obſ. 112. n. 2.*

De Jure *Auſtriaco* res aliter ſe habet, teſte *Walter de Jure conſuet lib 3. tit. 2.* ✝. Als erſtlichen: Welche Perſohnen zu ihren vogtbaren Jahren nicht kommen, dieſelben mögen nicht teſtiren; Die Vogtbarkeit aber wird in dieſem Falle dem Landes-Brauch nach, auf 18. Jahr geſtellet. Welcher Jüngling, oder Jungfrau nun, ſeine 18. Jahre vollkommentlich erreichet, die ſeynd alsdann ihrer Güther mit Ausrichtung letzter Willen vollmächtig.

Surtinger *in M. S. lit. T.* ✝. Weiber-Teſtament, teſtatur, teſtamentum alicujus virginis, 17. ætatis anno conditum, pro valido judicatum eſſe; ſed addit, illam virginem jam deſponſatam fuiſſe, adeoque quaſi pro conjugata reputatam eſſe. Vide *Fünfterwald. loc. cit. n. 13.*

7 III. Teſtari nequeunt *furioſi*, quia mente carent, teſtamentum tamen, ante furorem factum, per ſubſequentem furorem non infirmatur, tum quia furor eſt facti, adeoque non tollit ea, quæ ſunt Juris, tum ne afflicto addatur afflictio. *Harp. n. 12. Schneid. n. 8.*

§. Item Prodigus 2.

8 VI. Teſtari prohibetur *Prodigus*, ſive ille, cui adempta eſt adminiſtratio bonorum. *text. hic & l. 15 §. 8. ff. h. t.* Ratio: quia in Jure furioſus, & prodigus paſſim æquiparantur. *l. 1. ff. de curat. furioſ.* Illud tamen teſtamentum, quod prodigus fecit ante ademptam bonorum adminiſtrationem, ratum, & firmum manet, etiamſi poſtea prodigus declaretur. *text. hic. Mant. loc. cit. n. 84.*

§ Item

Digitized by Google

§. Item Surdus. 3.

9 Q. hic. *an mutus, & ſurdus teſtari poſſit?* R. diſtinguendum eſſe, an quis mutus, & ſurdus ſit a natura, an ex accidenti? Si prius, teſtari non poteſt. *l.* 10. § *Sancimus. C. qui teſtam fac. poſſ.* patum enim a fatuis, aut brutis abeſt, qui a cunis ſurdus, & mutus eſt: nam animo a beſtiis ſecernimur, qui ſtolidus admodum, & erudus ſit, oportet, ſi fores habeat præcluſas, per quas ſcientiæ intrare conſueverunt. *Glettle loc. cit. c.* 4. §. 1. *n.* 2. *Perez Cod. d. t. n.* 3. *Mena. loc. cit. n.* 289. Si mutus, & ſurdus ſit ex accidenti, teſtari tum demum poterit, ſi literas calleat, h. e. ſcribere poſſit. *Mynſing. Inſt. loc. n.* 2 *Zoeſ. ff. qui teſtam fac. poſſ. n.* 4.

Si denique altero vitio tantum laboret, h. e. mutus aliquis tantum, aut tantum ſurdus ſit, teſtari poterit, ſi voce, aut ſcripto mentem declarare queat. *d. l.* 20. ℣. *ſin autem. Glettle loc. cit. n.* 3. *Mena. n.* 303. *Zoeſ. d. n.* 5.

§. Cœcus. 4.

Cœcus quin teſtari poſſit, dubium nullum eſt, dummodo adhibeat ſolennitates in *l.* 8. *C. h. t.* expreſſas, h. e. declaret voluntatem coram 7. teſtibus, & illa a tabellione, aut octavo teſte ſcribatur. Item exprimat non tamen nomen hæredis, ſed & ejus dignitatem. Moribus tamen noſtris illas ſolennitates non requiri, teſtis eſt. *Zoeſ. loc. cit. n.* 6. *Glettle c.* 4. §. 1. *n.* 5. *loc. cit.*

§. Ejus. fin.

10 *Ultimo* teſtari de Jure *communi* non poteſt captus ab hoſte, captivi enim ſiunt ſervi hoſtium. §. 3. *Inſt. de Jure perſ.*

Dixi de *Jure communi*; ſecus de *conſuetudine*, qua inſpecta, capti in bello ſervi capientium non amplius efficiuntur, ſed libertatem retinent, tamdiu tamen ab hoſtibus ſervantur, donec vel lytro ſoluto redimantur, ſeu permutatione liberentur. *Glettle tract. de teſtam. c.* 4. § 5 *n.* 7. & 8. *Franc. Inſt. h. t.* 6. ℣. *Dixi* 2.

TITULUS XIII.

De Exhæredatione liberorum.

SUMMARIA.

1. *Definitur Exhæredatio.* 2. *Debet fieri nominatim.* 3. *A tota hæreditate.* 4. *Ab omni gradu, & ex juſta cauſa.* 5. *Enumerantur cauſæ, ob quas liberi,* 6. *Ob quas parentes,* 7. *Et ob quas fratres exhæredari poſſunt.* 8. *An ob cauſas graviores exhæredatio fieri poſſit?* 9. *Cauſa exhæredationis debet nomina-*

tim

tim inſeri teſtamento. 10. *Et ab hærede probari.* 11. *Hodie omnes indiſtincte liberi debeant aut hæredes inſtitui, aut nominatim exhæredari.* 12. *Etſi eſſet poſthumus.* 13. *Poſthumus alius eſt vere, alius quaſi talis.* 14. *Adoptatus an debeat hæres inſtitui?* 15. *Miles ſuos liberos non tenetur inſtituere.*

1 Exhæredatio nihil eſt aliud, quam *actus ultimæ voluntatis, quo illi, quibus debetur legitima, a ſucceſſione repelluntur.*

Hæc ut ſuis ſolennitatibus inſtructa dicatur,

2 Requiritur I. ut fiat nominatim. *text. in pr. h. t. l. 3. ff. de injuſt. rupt. & irrit. & Zoeſ. ff. de lib. & poſthum. n. 4. Perez ad C. de lib. præt. vel exhared.*

II. Ut fiat pure, non ſub conditione. *l. 3. §. 1. ff. eod.* certo enim judicio liberi a ſucceſſione parentum ſunt removendi. *l. 16. ff. de bonor. poſſ. cont. tab. Zoeſ. loc. cit. n. 7. Manz. tract. de teſtam. tit. 10. q. 1. n. 11.*

3 III. Requiritur, ut exhæredatio fiat ab omni, & tota hæreditate, non tantum a certa aliqua re; unde a certo aliquo tantum fundo exhæredatus, non videtur exhæredatus *l. 19. ff. de lib. & poſth.*

Dices: Inſtitutus in re certa, v. g. in *fundo*, cenſetur inſtitutus in tota hæreditate; *l. 1. §. 4. l. 35. ff. de hæred. inſt.* ergo etiam exhæredatus in re certa, cenſebitur exhæredatus in tota hæreditate. *R. Conc. antec. neg. conſeq.* Inſtitutio enim eſt favorabilis, ideo benigna interpretatione juvanda, exhæredatio vero eſt odioſa, adeoque reſtringenda, juxta vulgatam regulam: odia reſtringi, favores convenit ampliari *Perez ad C. d. t. n. 9. Manz. loc. cit. n. 15. Zoeſ. n. 7.*

IV. Ut, ſi plures gradus hæredum ſint, ab omnibus gradibus exhæredatio fiat. *l. 3. §. fin. ff. de lib. & poſthum. l. 41. §. 2. ff. de pupill. ſubſt. Zoeſ. loc. cit. n. 6.* Unde exhæredatio ab uno gradu facta non ſubſiſtit, v. g. teſtator ita ſcribit: Sempronius mihi hæres eſto, &, ſi hæres eſſe noluerit, in ejus locum Titium ſubſtituo; filium autem meum, tanquam hæreticum, inde exhæredo. En! filius ab uno duntaxat gradu, puta ſubſtitutionis, exhæredatus eſt, & idcirco exhæredatio non ſubſiſtit. *Manz. tract. de teſtam. tit. 10. q. 1. n. 31. Zoeſ. loc. cit. n. 5. Perez. C. de liber. præterit. n. 15. Fronc. inſt. h. t. n. 9.* ubi hac de re plura enodat. 4

V. Requiritur, ut exhæredatio fiat ex juſta cauſa, per *text. in Nov. 115. c. 3.* Juſtæ autem cauſæ, ob quas liberi exhæredari poſſunt, in *d. Nov. 115. c. 3.* enumerantur quatuordecim, quas *Poeta* his *verſiculis* concluſit:

Bis ſeptem ex cauſis exhæres filius eſto:
Si Patrem feriat, vel maledicat ei.
Carcere detruſum ſi negligat, aut furioſum
Criminis accuſet, vel paret inſidias.
Si dederit damnum grave, ſi nec ab hoſte redemit,
Teſtarique vetet, ſe ſocietque malis.
Si mimos ſequitur, vitietque cubile paternum,
Non orthodoxus, Filia ſi meretrix.

I. Ita-

5 I. Itaque juſta cauſa exhæredationis eſt, ſi quis parentibus ſuis impias manus injecerit. *d. c. 3. § 1.* Da die Kinder ihre Eltern aus fürſetzlichem Frevel ſchlugen, oder tödliche Hand anlegeten. Quam grave enim ſit, manus inferre parentibus, ſatis *Exodi c. 21.* exprimitur his verbis: *Qui percuſſerit patrem ſuum, aut matrem, morte moriatur!* Hoc autem

Limitatur: ſi filius patrem proditorem patriæ occiderit. *l. minime. 35. ff. de relig. & ſumpt. fun.* ubi non tantum non punitur, ſed præmio afficiendus dicitur.

II. Cauſa eſt, ſi quis parentibus ſuis gravem, & inhoneſtam injuriam ingeſſerit. *d. Nov. 115. c. 3. § 2.* Da die Kinder ihren Eltern ſchwere, unehrbare Injuri- und Frevel-Wort zufügten, v. g. ſi filius patrem in foro, vel in Eccleſia coram multis perſonis verborum contumelia affecerit; aut contra illum famoſum libellum ſcripſerit. *Menoch. de arbit. jud. caſ. 263.* Ubi fuſe explicat, quæ dicatur injuria atrox.

III. Cauſa eſt, ſi quis parentes in cauſis criminalibus accuſaverit. *d. Nov. 115. c. 3. §. 3.* Wann ſie ihre Eltern heimlich auf Leib, und Leben verklageten. *Covarruv. ad c. Raynutius 16. ✠ n. 15.*

IV. Cauſa eſt: ſi filius, vel filia, cum maleficis hominibus, ut maleficus verſetur. *d. Nov. 115. c. 3. §. 4.* h. e. cum iis, qui incantationes, & artem magicam pernicioſe exercent. *Harp. §. fin. Inſt. h. t. n. 26. & n. 27.* Wann ſie ſich zu malefitziſchen Leuten halten, auch mit ihnen Geſell- und Gemeinſchaft machen. *N. Oe. Land-Tafel. Lib. 2. tit. 23.*

V. Exhæredationis cauſa eſt: ſi liberi vitæ parentum per venenum, vel alio modo inſidiari tentaverint. *d. Nov. 115. c. 3. § 5.* So die Kinder nach dem Leben ihrer Elteren mit Vergiftung, oder in andere Weege ſtelleten. Non enim poteſt (inquit *Harp. n. 24. loc. cit.*) major eſſe ingratitudo, quam illius vitæ inſidiari, a quo quis vitam accepit.

VI. Cauſa: ſi filius novercæ ſuæ, aut concubinæ patris ſui, ſe immiſcuerit. *d. Nov. 115. c. 3. §. 6.* Wann ein Sohn ſeine Stief-Mutter entehret, und ſich mit derſelben vermiſchet. *Manz. tract. de teſtam. tit. 10 q. 6. n. 23. Covar. loc. cit. n. 18.*

VII. Si delatores contra parentes extiterint filii, & per ſuam delationem gravia diſpendia eos fecerint ſuſtinere. *d. Nov. 115. c. 3. § 7.* Wann die Kinder ihre Eltern bey der Obrigkeit angeben, und dieſelbe dardurch in groſſen Schaden, und Nachtheil brächten.

VIII. Si liberi maſculi (ad quos ſolos reſtringitur) pro parentibus, carcere incluſis, requiſiti noluerint fidejubere. *d. Nov. 115. c. 3. §. 8* Da die Kinder für ihre gefangene Eltern nicht gut werden wolten, noch dieſelbe mit ihrer vermöglichen Bürgſchaft aus der Verhaftung löſen; doch iſt ſolches allein auf die Söhne zu verſtehen, dann die Töchter nicht Bürgsfähig. N. Oe Land-Tafel. *loc. cit.*

IX. Exhæredationis cauſa eſt: ſi liberi parentes ſuos teſtari prohibuerint, v. g. teſtibus aditum intercluſerint,

 vel

vel ſolennia agere obſtiterint, &c. *d. Nov.* 115. *c.* 3. § 9.

Sed quid, ſi parentes taliter impediti teſtari, & filium exhæredare non amplius potuerint? *Manz. loc. cit. n.* 34. exiſtimat hæreditatem filio aufferendam: & fiſco applicandum eſſe. *arg. l.* 1. § 9 *& l.* 2 *ff. ſi quis aliq. teſt. prohib.* at ſecus obtinet de Jure Auſtr. *loc. cit.* §. 9. So aber die Eltern, der Kinder Verbotts halber, kein Teſtament machen, ſondern ohne Geſchäfft mit Tod abgiengen, ſollen dieſelbe Kinder nichts deſtoweniger enterbet, und das Gut auf ihre andere nächſte Befreundte fallen.

X. Si filius, præter voluntatem parentum, ſe ſe mimis, & arenariis ſociaverit, & in ea profeſſione manſerit. *d. Nov.* 115. *c.* 3. §. 10 *& l.* 11. *C de inoff. teſtam.* Wann ſich die Kinder zu verwegenen, liederlich- und leichtfertigen Perſohnen geſellen, und ſich auf ihr Thun begeben.

XI Cauſa: ſi parentes filiæ voluut maritum dare, & dotem juxta vires ſubſtantiæ ſuæ præſtare; filia autem non conſenſerit, ſed luxurioſam, & meretricariam vitam elegerit. *d. Nov.* 115. *c.* 3. § 11 *l.* 10 *C de inoff. teſtam.* Da die Eltern ihre Kinder nach ihrem Vermögen verehelichen, und ausſteuren; Die Kinder aber nicht gehorſamen, noch folgen wollen, ſondern ſich in ein unehrbares, leichtfertiges Leben begeben, und wider Ehre handleten. N. Oe. Land-Tafel.

Limitatur: niſi filia jam compleverit 25. annum. *d. Nov.* 115. *c.* 3. §. 11. *& auth. ſed ſi C. de inoff. teſtam* pater enim in culpa eſſe cenſetur, quod filiam prius nuptui non dederit. *Harp.* §. *fin. h. t. n.* 41. *Zoëſ. ff. de lib. & poſthum. n.* 15. *&* 16. ubi præfatam exhæredandi cauſam ad filias duntaxat reſtringit, non etiam ad filios extendendam eſſe, docet, eo quod major in fœminis, quam maſculis caſtitas deſideretur.

XII. Eſt. ſi liberi parentes furioſos neglexerint. *d. Nov.* 115. *c.* 4. §. 12. h. e. nullam curam patris furioſi geſſerint, præbendo alimenta, aut ſalutatem medicinam procurando. Jus Auſt. *loc. cit.* zum zwölfften.

XIII. Cauſa eſt: ſi liberi parentes ſuos ab hoſtibus captos, cum poſſint, non redemerint. *Nov.* 115. *c.* 3. §. 13. Wann die Eltern von denen Feinden gefangen worden, und die vogtbar-vermögliche Kinder dieſelbe nicht löſen wollen. *Manz. loc. cit. n.* 48 ubi de Jure communi hanc cauſam non aliter dicit procedere, quam ſi liberi 18 ætatis ſuæ annum compleverint. *d. Nov.* 115. *c.* 3. §. 13. *& auth. ſi captivi. C. de Epiſcop. & Cler.*

XIV. Exhæredationis cauſa eſt: ſi liberi hæretici ſunt. *d. Nov.* 115. *c.* 3. §. 14. Wann die Eltern Chriſten wären, die Kinder aber von dem Chriſtlichen Glauben abfielen. *Manz. loc. cit. n.* 59.

Vidimus, ob quas cauſas *liberi* a *parentibus*; ſequitur de cauſis, ob quas hi a *liberis* exhæredari poſſunt. Enumerantur autem in *d. Nov.* 115. *c.* 4. octo cauſæ, propter quas parentes recte, & valide exhæredantur.

I. Eſt: ſi parentes liberos ſuos ad interitum vitæ tradiderint. *d. Nov.* 115. *c.* 4. §. 1. 6

II. Si parentes venenis, aut maleficus,

ciis, aut alio modo vitæ liberorum inſidias ſtruxerint. *d. c.* 4. § 2.

III. Si pater nurui ſuæ, aut concubinæ filii ſeſe immiſcuerit. *d. c.* 4. §. 3.

IV. Si parentes liberos ſuos in rebus illis, in quibus habent teſtandi licentiam, puta caſtrenſibus, vel quaſi, teſtamentum condere prohibuerint. *d. c.* 4. § 4.

V. Si mater patri, vel pater matri veneno, aliove modo ad interitum vitæ, vel ad alienationem mentis inſidiatus fuerit, tunc enim liberis conceſſum eſt parti inſidianti nihil relinquere. *d. c.* 4. § 5.

VI. Cauſa eſt: ſi parentes liberos furore correptos curare, & alere neglexerint. *d. c.* 4 § 6.

VII. Si liberos captivos non redemerint. *d. c.* 4. § 7.

VIII. Et *ultima*, ſi parentes hæretici ſint, tunc enim a liberis catholicis exhæredari poſſunt. *d. c.* 4. §. 8. Ita *Menz. tract. de teſtam. tit.* 10. *q.* 7. *per tot. Harp. Inſt.* § *fin. h. t. n.* 52. *& ſeqq. Schamb. Inſt. de inoff. teſtam.* § 1.

De Jure *Auſtriaco*, etiamſi parentes unam ex recenſitis cauſis in liberos ſuos admittant, exhæredatione tamen opus non erit, cum aliunde ex conſtitutione Albertina parentes a liberorum ſucceſſione in tantum removeantur, ut neque legitima illis debeatur, qua de re nos alibi. Interea vide *Sutting. M S. lit.* Erbſchaft in auffſteigender Linie. *Finſterwald. lib.* 2. *obſ.* 119. *per tot.*

Exhæredationem *fratrum* quod attinet, illa non, niſi ob *tres* cauſas, fieri poteſt.

7 I. Eſt: ſi frater mortem fratri per inſidias intentaverit. II. Si criminalem accuſationem contra eum inſtituerit. III. Si ſubſtantiæ ejus magnam jacturam inferre ſtuduerit. *Nov.* 22 *c.* 47. *Menz. loc. cit. q.* 8. *Harp. n.* 64.

Q. I. *An exhæredatio ob cauſas æque graves, vel graviores iis, quæ hactenus recenſita ſunt, fieri poſſit?* 8

Affirmativæ ſubſcribunt *Fach. lib.* 1. *cont.* 78. *Menz. tract. de teſtam. tit.* 10. *q.* 9. *Covar. in c. Raynutius.* 16. *de teſtam. Gail. lib.* 2. *obſ.* 05. *n.* 17. *Myns. ſing. cent.* 6. *obſ.* 31. *Sutting. in M S. lit. T. v.* Tochter.

Ratio hujus *ſententiæ* I. eſt: quia ubi eadem eſt ratio, ibi eadem debet eſſe Juris diſpoſitio: & ubi par, aut major delicti qualitas, ibi eadem pœna eſt imponenda, ne paria, aut majora delicta maneant vel prorſus impunita, vel minus punita.

Ratio II. Quia ob paritatem rationis ad ſimiles caſus recte fit extenſio. *l.* 12. *ff. de LL.* ubi dicitur, non poſſe omnes articulos legibus, aut SCtis comprehendi, & illum, qui Jurisdictioni præeſt, ad ſimilia procedere, atque ita Jus dicere debere.

Ratio III. Quia, licet ſint certæ cauſæ, ob quas amittitur feudum; non tamen eapropter excluduntur cauſæ graviores, aut æque graves, quæ etiam faciant feudum amitti. *text. l.* 2. *feud. tit.* 24. § *porro. v. ſed quia.* ergo idem in noſtro caſu dicendum.

Verum *negantium* dogma magis arridet, cui quoque calculum præbent *Zoeſ. ff. de lib. & poſthum hæred. Inſt. Harp.* §. *fin. Inſt. de exhæred. liber. n.* 65. *Hunn. var. reſolut lib.* 2. *tract.* 5. *quæſt.* 19. *Bachov. ad Treutl. vol.* 1. *diſp.* 13. *th.* 8. *lit. C.*

Facit

Facit I. pro hac ſententia *differt text. in Nov.* 115. *c.* 3. his verbis: *Ut præter ipſas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis cauſas opponere.*

Facit II. validiſſima ratio: quia nimirum pœnalia, & odioſa reſtringenda, nec ob paritatem rationis extendenda ſunt. *c.* 49. *de R. J. in* 6.

Ad rationem I. R. illam procedere, niſi ſimus in pœnalibus, aut odioſis. Nec tamen idcirco ſequitur, majora delicta manere impunita, quia publica pœna coërcentur. Fac proinde: quod filius committat *crimen læſæ Majeſtatis, ſacrilegii, adulterii*, aut *inceſtus*, furte, quia non tantum cum noverca, ſed cum propria matre commiſceatur; propter hæc tamen crimina a patre non poterit pœna exhæredationis affici, cum de iis publica pœna ſumatur, eo quod ſint delicta publica, quæ publicam læſionem; non privata, quæ privatam patris læſionem ſpectant.

Ad II. rationem ex jam dictis patet ſolutio: enimvero *d. l.* 12. non procedit in pœnalibus.

Ad III. dico: Jure feudali expreſſe ſancitum eſſe, ob cauſas æque graves, vel graviores amitti feudum; ſecus Jure noſtro communi, utpote de quo potius contrarium deciſum per verba: *Præter illas*, quæ taxativa ſunt.

Nec *dicas*: A paritate Juris feudalis argumentum procedere ad Jus commune, id enim nulla ratione procedit, & argumentum a Jure feudali ad Jus commune legitimum non ducitur.

Ex hactenus *dictis* ſatis conſtat, ad exhæredationis valorem requiri juſtam, i. e. unam ex recenſitis cauſam. Imo non ſufficit, quod pater juſtam exhæredandi filii cauſam habeat, ſed ut valeat exhæredatio,

VI. Requiritur, ut in teſtamento 9
exhæredationis cauſa nominatim inſeratur, & ſpecialiter exprimatur. *d. Nov.* 115. *c.* 3. *in pr. &* c. 4. *Gomez. var. reſolut. tom.* 1 *c.* 11 *n.* 10.

VII. Ut cauſa exhæredationis, ſi 10
negata fuerit, ab hærede inſtituto probetur. *d. Nov.* 115. *c.* 3. ibi: *Niſi forte probabuntur ingrati. Perez. ad C. de lib. præterit. Gomez. loc. cit. Mant. tract. de teſtam. tit.* 10. *q. n.* 29.

VIII. & *ultimo* requiritur: ut exhæredatio non in codicillo, ſed in teſtamento fiat. *Harp. §. fin. Inſt. h. t. n.* 9. In codicillis enim neque dari, neque adimi poteſt hæreditas. §. 2. *Inſt. de Codicill.*

Ad Princip.

Multas ſolennitates, ad teſtamentum requiſitas, hucusque enumeravimus, *hic* adhuc alia, & fere præcipua ſuperadditur, nimirum iſta: ut pater filium, quem in poteſtate habet, vel expreſſe hæredem inſtituat, vel nominatim exhæredet; alioquin ſi eum ſilentio præterierit, inutiliter teſtabitur. *text. hic.* Ratio: quia filius, vivo adhuc patre, jam dicitur quaſi dominus rerum paternarum, ita, ut poſt mortem patris illarum dominium non dicatur transferri, ſed in filium continuari *l.* 11 *ff. de lib. & poſth.* quod ipſum dominium a patre vel debet confirmari per inſtitutionem, vel filio adimi per exhæredatio-

tionem, ne alias duo, puta, hæres inſtituτus, & filius, poſt mortem patris ejusdem rei domini concurrant in ſolidum, contra *l. 5. §. 15. ff. commod. Manz. n. 2. Schamb. hic.*

Ad verſ. Adeo.

Q. hic: *Quod ſi filius præteritus, vivo adhuc patre, moriatur, convaleſcitne teſtamentum?* Videri poſſet, quod ſic: quia ceſſat cauſa, quæ teſtamentum invalidat. Verum *negative* decidit *Imperator*, aitque, quod nemo hæres ex eo teſtamento exiſtere poſſit. Ratio: quia quod ab initio non valet, tractu temporis non convaleſcit. *l. 29. & l. 210. ff. de R. J. Schneid. n. 3.*

Ad verſ. Sed non ita.

Erant olim duæ *differentiæ* inter filium, & filiam; nepotes, & neptes, &c.

I. erat, quod filio præterito teſtamentum fuerit nullum, & ipſo Jure conciderit; contra vero filia, nepote, vel nepte ex filio, cæterisque deſcendentibus præteritis, teſtamentum valebat. *text. hic.* Ne autem filiæ, & reliqui deſcendentes, per virilem ſexum penitus nihil conſequerentur, ſtatuit *Imperator*, ut haberent Jus accreſcendi ad certam portionem, h. e. ut potuerint ſeparatis hæredibus certam portionem auferre. Quæ autem fuerit illa portio, *textus* non memorat; DD. tamen ſequuntur opinionem *Ulpiani*, atque ſtatuunt, ut ſi extranei ſint inſtituti, præteriti auferant ſemiſſem; ſi vero liberi, & ſui hæredes ſint inſtituti, æqualiter cum iis præteriti ſuccederent.

II. Differentia erat, quod filius nonniſi nominatim, filia autem, nepotes, & pronepotes inter cæteros exhæredari potuerint, v. g. filius meus hæres eſto, cæteri exhæredes ſunto. *Manz. n. 9.*

Verum hodie ex conſtitutione Justi- 11
niani eodem Jure gaudent filiæ, cæterique liberi, quo filii, adeoque omnes liberi indiſtincte aut hæredes inſtitui, aut nominatim exhæredari debent. *d. l. ult. C. de lib. præt.*

Quod adeo procedit, ut teſtamentum, in quo liberi nec inſtituti, nec nominatim exhæredati inveniuntur, ipſo Jure corruat *l. 30. ff. eod. Manz. tract. de teſtam. tit. 8. n. 10.*

§. Poſthumi. 1.

12 Poſthumus ille dicitur, qui poſt mortem parentis naſcitur, adeoque, qui tempore mortis paternæ in utero matris eſt. Hinc *etymologia* poſthumi, quaſi poſt humatum patrem deducitur. *l. 3. §. 1. ff. de injuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.*

Trahitur tamen hoc nomen etiam ad eum, qui, vivo patre, poſt teſtamentum factum naſcitur. *d. §. 1.* vel arrogatur. *l. filius. 28. §. 1. ff. h. t. Schamb. hic.*

Talis itaque poſthumus aut hæres inſtitui, aut nominatim debet exhæredari *l. 3. de injuſt. rupt. & § 1. hic.* nulla facta differentia inter ſexum maſcu-

ſculinum, & fœmininum: par enim omnium conditio eſt. *Text. hic.* Et qui in utero ſunt, Jure civili habentur pro jam natis, quoties de commodo eorum agitur, *l. 7. & 26. ff. de ſtat. hom. Harp. hic. n. 3.*

Illud tamen nota, quod præteritio poſthumi a præteritione jam nati in hoc differat: quod teſtamentum, in quo jam natus præteritus eſt, ipſo Jure nullum ſit; contra vero teſtamentum, in quo poſthumus præteritus eſt, ab initio valeat, & demum agnatione ipſius rumpatur. Ratio: quia is, qui in utero eſt, antequam naſcatur, ſuus proprie hæres non eſt, nam contingere poteſt, ut mater abortum faciat *text. hic. Mors. tract. de Teſtam. tit. 8. n.* 136.

Ad verſ. Sed fœminini.

Olim poſthumos, & poſthumas exhæredari potuiſſe, dubium non eſt per §. noſtrum. Hæc tamen fuit differentia, ut fœminini ſexus perſonæ, filiæ ſcilicet, & neptes poſthumæ, vel nominatim, vel inter cæteros exhæredari potuerint, v. g. *ex liberis natis Cornelius mihi hæres eſto, cæteri exhæredes ſunto:* Ita tamen, ut ſi pater inter cæteros filias exhæredarit, debuerit aliquid legati nomine ipſis relinquere. Ratio eſt in *textu:* ne viderentur præteritæ eſſe per oblivionem.

Ad verſ. Maſculos.

Maſculi filii poſthumi non aliter potuerunt, quam nominatim exhæredari, hoc ſcilicet modo: *Quicunque mihi filius genitus fuerit, exhæres eſto. text. hic.*

Verum hæc *hodie* inutilia ſunt: nam poſthumum, poſthumamve hodie neque præterire licet, neque exhæredare, ſed hæredes inſtituantur, neceſſe eſt. Ratio: quia nulla exhæredatio ſine appoſitione, & probatione cauſæ ingratitudinis procedit. *Nov.* 115. *c.* 3 atqui poſthumus nullam poteſt committere ingratitudinis cauſam, ergo. Quod ſi defacto poſthumus fuerit exhæredatus, ad ſimilitudinem jam nati, per querelam inofficioſi teſtamentum debet evertere; non autem habet Jus dicendi nullum *Schamb. hic. q. 3. Zoeſ. ff. de lib. & poſthum.*

Multum autem intereſt, an poſthumus Jus dicendi nullum habeat, an vero per querelam teſtamentum evertat. Nam illi non niſi 30. annis, huic autem 5. annis præſcribitur. II. Per Jus dicendi nullum totum teſtamentum evertitur, per querelam vero non niſi quoad inſtitutionem; legata enim, & fideicommiſſa firma manent. *Auth. ex cauſa C. de lib. præt.*

§. Poſthumorum. 2.

13 Poſthumi alii ſunt *vere* & *proprie* tales, alii *minus proprie*. Vere & proprie poſthumi ſunt, qui poſt humatum patrem naſcuntur, de quibus ſupra. Improprie, ſive quaſi poſthumi dicuntur illi, qui in ſui hæredis locum ſuccedunt; ſive (ut clarius loquar) qui

qui ante teſtamentum factum natus quidem eſt, non ſuus, ſed poſt teſtamentum incipit eſſe ſuus hæres; talis eſt v. g. nepos, nam ſi filius, vivo patre, moritur, aut alia ratione exit de poteſtate patria, tunc incipit nepos primum gradum obtinere, ac ſuccedit in locum filii. *Manz. n.* 5.

Q. Ergo · *An quaſi poſthumus hæres inſtitui, vel nominatim exhæredari debeat, ſicuti ipſe filius?* ℞. I. indubitati Juris eſſe · quamdiu filius vivit, & in poteſtate patris teſtantis manet, tamdiu nepotes nec hæredes inſtitui, nec exhæredari debere, quia non ſunt ſui hæredes, pater enim ipſos præcedit: ſui autem illi dicuntur, qui primum in poteſtate gradum obtinent *Manz. n.* I. ℞. I. ſi filius, vivente adhuc teſtatore, moriatur, aut qualiber alia ratione per emancipationem, vel patritiam dignitatem &c. de poteſtate patria exeat, nepotes, vel neptes in ipſius locum ita ſuccedent, ut ex conſtitutione legis Juliæ Vellejæ debeant, vel hæredes inſtitui, vel nominatim exhæredari, de qua materia plura in Digeſtis.

§. Emancipatos. 3.

Filios emancipatos olim de Jure Civili ad valorem, & ſubſtantiam teſtamenti hæredes inſtituere, vel exhæredare neceſſe non erat Ratio quia non amplius ſunt ſui hæredes, ut enim quis ſuus hæres dicatur, debet habere *duas* qualitates, ſcilicet ut ſit in *poteſtate* teſtatoris, deinde ut *primum* gradum liberorum obtineat. *§. ſui. infra de hæred. qualit. & diff. Manz. hic. n.* 2.

Verum de Jure *Prætorio* aliter obtinebat, nimirum emancipati de hoc Jure vel inſtitui, vel exhæredari debebant, maſculi quidem *nominatim*, h. e. debuit nomen ipſius appellari. Fœminæ vero inter cæteros, v. g hoc modo: *Titius, filius meus hæres eſto; filia vero omnes exhæredes ſunto.* Ratio Prætoris fundata eſt in naturali æquitate, *ſanguinem*, non vero *ſubtilitatem* Juris (*ſuitatem* ſcilicet) conſiderante. *Schamb. hic.* Quod ſi de facto emancipati neque hæredes inſtituti fuerint, neque modo prædicto exhæredati, Prætor dedit ipſis bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quæ ſubvertant, & reſcindant teſtamentum. *l.* I. *§. & ſu.* 6. *ff. de bon poſſ. cont tabul.* Ratio autem, cur opus fuerit bonorum poſſeſſione contra tabulas, & non potuerint ad inſtar ſuorum hæredum, teſtamentum nullum dicere, eſt hæc: quia emancipatus non eſt ex lege hæres, licet ergo non inſtituatur, Jure Civili tamen teſtamentum valet. Nec Prætor potuit facere, ut teſtamentum nullum ſit, quia Prætor tantum dicitur cuſtos Juris Civilis, & non poteſt directe tollere ea, quæ ſunt Juris Civilis. Proinde cum tale teſtamentum de Jure Civili fuerit validum, reſciſſione opus erat, quæ per bonorum poſſeſſionem contra tabulas fiebat.

Dices. Parum refert, ſive quis Jus dicendi nullum teſtamentum, ſive bonorum poſſeſſionem contra tabulas habeat, quia utroque remedio denuo conſequitur hæreditatem. ℞ multum intereſſe, utrum teſtamentum ſit nul-

 lum;

lum, an rumpatur per agnitionem, vel reſcindatur per bonorum poſſeſſionem, vel querelam inofficioſi. Enimvero, ſi nullum eſt, paterfam. decedit omnino inteſtatus, atque hæreditas ad legitimos hæredes pertinet, & Jus dicendi teſtamentum nullum per 30. annos durat. *Harp.* §. 3 *hic. n.* 9. Si rumpendum ſit teſtamentum, fieri poteſt, ut poſthumus non naſcatur. Si vero per querelam evertendum, quinquennio illa inſtituatur, neceſſe eſt, ultra id enim tempus non extenditur. *l. ſi tamen. ff. de inoff. teſtam.*

Si denique per bonorum poſſeſſionem contra tabulas evertatur teſtamentum, illa uno anno exſpirat. *l.* 1. §. 12. *ff. de ſucceſſ. edict. Harp. loc. cit. Mann. hic. n.* 14.

§. Adoptivi. 4.

Quæ in *hoc* §. continentur, per *ſubſequentem* §. correcta ſunt, & immutata, proinde ſaltum facimus ad

§. Sed hæc quidem. 5.

Hactenus vidimus, multas *olim* quoad *inſtitutionem* & *exhæredationem* inter liberos fuiſſe differentias. *Juſtinianus* vero in *hoc* §. declarat *novum* Jus, & oſtendit, *hodie* omnium liberorum, tam maſculorum, quam fœminarum; tam filiorum, quam nepotum ex filio; tam natorum, quam poſthumorum; tam emancipatorum, quam in poteſtate exſtentium eandem conditionem eſſe, ut nimirum omnes eodem modo vel hæredes inſtituantur, vel exhæredentur; puta *nominatim*, non vero *inter cæteros*. Ita *text. hic* & *l. maximum vitium.* 4. *C. de libert. præt. vel exhæred.*

Ad ℣. Circa adoptivos.

14 *Diximus* ad §. 4. circa adoptivos omnia in *eo* §. enumerata, mutationem recepiſſe. Jam *hic* declaratur, in quo conſiſtat hæc mutatio, & ejus certam mentionem *Imperator* non facit, & alio nos refert, videlicet ad *l. pen. C. de adopt* ubi circa adoptivos adhibetur temperamentum *diſtinctionis*, nimirum, utrum ab extraneo adoptatus aliquis ſit an ab uno ex aſcendentibus, v. g. avo, vel proavo materno: vel ſi ipſe pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo, vel proavo paterno? Si aliquis adoptatus ſit ab extraneo, tunc, eum in adoptantis patriam poteſtatem non tranſeat, & omnia Jura naturalia retineat, pater naturalis tenetur filium, ab extraneo adoptatum, hæredem inſtituere, vel expreſſe, vel nominatim exhæredare, ita ut præteritus Jus dicendi teſtamentum nullum, vel injuſte exhæredatus querelam inofficioſi teſtamenti haberet. Ratio: quia manet in poteſtate patris naturalis, & ſuus hæres, neque tranſit in adoptantis Jus & poteſtatem (uti diximus *ſupra Inſt. de adopt* §. 2.) ergo quoad patrem naturalem perinde fere habetur, atque ſi non fuiſſet adoptatus. Ratio ulterior redditur ab ipſo *Imperatore* in §. 14.

14. *de hæred. quæ ab inteſt. defer.* & in *d. l. pen. C. de adopt.* quia, niſi a patre naturali inſtitui deberet, facile fieri poſſet, ut adoptatus ab extraneo utriusque, i. e. adoptantis, naturalis ſucceſſione privetur. Et quidem patris naturalis ex voluntate ejus, ſi ipſum præteriret; adoptanti vero, ſi poſt patris naturalis obitum pater adoptivus eum emanciparet, quo in caſu ab adoptante amplius inſtitui non debuit, cum per emancipationem ejus familiæ eximatur. *Manz. tract. de teſtam. tit. 8. q. 2. n. 173.*

Ex *dictis* ergo ſequitur, quod adoptatus ab extraneo hæres ab adoptante inſtitui non debeat, ſed, quidquid ei reliquerit, hoc liberalitatis ſit. *l. 10. §. C. h. t.* Ratio: quia non tranſit in poteſtatem adoptantis. *§. Inſt. de adopt.*

Dices: Ad quid ergo prodeſt adoptatio? R. ſi maneat in tali adoptione, nulla interveniente emancipatione, ad hoc ei prodeſſe, ut, ſi inteſtatus pater extraneus adoptivus deceſſerit, illi ab inteſtato ſuccedat. *Manz. n. 22. Inſt. hic.*

Si quis vero ab Avo materno, vel aliis aſcendentibus adoptatus fuerit, tunc ab adoptante debet vel hæres inſtitui, vel nominatim exhæredari, ita, ut pater naturalis eum licite, & valide præterire poſſit *d. l. 10 § ſi vero C. eod.* Ratio ibi additur: quia in hoc caſu is ſolus pater intelligitur, quem lex fecit, & natura non dereliquit; concurrunt enim duæ ſpecies filiationis, ſive duo Jura naturalia *ſanguinis*, & civilia *adoptionis. Manz. tract. de teſtam. n. 176.* Ratio alia: quia ejusmodi adoptivus in poteſtatem, & familiam adoptantis tranſit, cum ergo locum habeat *ſuitas*, locum quoque habebit inſtituendi *neceſſitas. Manz. Inſtit. hic. n. 24.*

§. Sed ſi. 6.

15 Inter alia militis privilegia, & hoc eſt quod, in expeditionibus conſtitutus faciens Jure militari teſtamentum, liberos, licet ſui ſint, inſtituere, vel exhæredare non teneatur; ſed præteritio ipſius loco exhæredationis habeatur, modo ſciverit, ſe liberos habuiſſe: Si vero ignorans, ſe liberos habuiſſe, alios hæredes ſcripſerit, eos autem præterierit, vel, quia neſcit, uxorem prægnantem eſſe, vel, quia, eo abſente, nati ſunt, hoc in caſu non cenſetur eos exhæredare voluiſſe, ac proinde teſtamentum minime valebit. *l. 9. & l. 10. C. de teſtam. milit.* Quia nulla voluntas elici poteſt ex ignorantia, & errore. *l. 116. ff. de R. J. Harp. hic. & Manz.*

§. Fin.

Illud in *hoc §.* ſancitur, quod mater, item avus maternus, neceſſe non habeant, liberos ſuos, aut hæredes inſtituere, aut nominatim exhæredare, ſed, quod poſſint eos ſilentio omittere, & tale ſilentium tantum faciat, quantum exhæredatio patris, h. e. teſtamentum, in quo mater filium ſuum ſilentio præterit, non ipſo Jure nullum, ſed per querelam inofficioſi reſcindendum.

TITULUS XIV.
De Hæredibus inſtituendis.

SUMMARIA.

1. *Quinam nequeant hæredes inſtitui?* 2. *Servus an recte inſtituatur?* 3. *Hæreditas in quot uncias dividatur?* 4. *Quid Juris, ſi hæreditas a teſtatore in plures uncias diviſa ſit?* 5. *Conditio, impoſſibilis, inſtitutioni adjecta, quid operetur?*

CONTINUATIO.

Viſo, qui neceſſario *inſtituendi*, vel *exhæredandi* ſint, ſequitur in *genere*, qui *hæredes* inſtitui poſſint.

Ad Princip.

1 Hæredes poſſunt omnes inſtitui, qui non prohibentur. In ſpecie autem prohibentur I. Deportati. *l. 1. C. de hæred. inſt.* quia non ſunt Cives Romani. II. Damnati in metallum, quibus nihil relinqui poteſt, niſi alimenta. *l. 3. ff. de his, quæ pro non ſcript. habent.* III. Damnati ad triremes, qui hodie in eorum locum ſucceſſerunt, qui in metallum damnati ſunt. *Menz. tract. de teſtam. tit. 6. n.* 81. IV. Apoſtatæ, ſive ii, qui a Chriſtiana fide defecerunt. Item Hæretici, Anabaptiſtæ *l. 3. C. de Apoſtat. Nov.* 115. *c.* 10. *&* 14. V. Filii reorum criminis læſæ Majeſtatis. *l. 5. §. 1 C. ad leg. Jul. Majeſt.* VI. Excommunicati propter cædem, vel percuſſionem Cardinalis. *C. fin. de pæn. in* 6. VII. Mulier intra tempus luctus nubens. *l. 1. C. de ſecund. nupt.* Ratio: quia hæc eſt pœna incontinentiæ. Quod de Jure *Canonico* non procedit. *c. pen. & ult. X. de ſecund. nupt.* VIII. Perſonæ incertæ, quales ſunt, quas incerta, & cœca opinione animo ſuo teſtator ſubjicit *l. quoties.* § 9 *ff. h. t.* Ratio: quia certum debet eſſe teſtatoris conſilium. De Jure novo incertæ perſonæ inſtitui poſſunt, dummodo certitudo earum ex futuro eventu deſumi poſſit. *Gloſſa tract. de teſtam. c.* 1. §. 2. *de iis, qui abſolute non poſſ. inſtitui n.* 2. *Harp. n.* 21. *loc.* IX. *Filii,* ex damnato coitu nati, quales ſunt nefarii, inceſtuoſi, adulterini, ſacrilegi. *Auth. licet. C. de natur. liber. & Auth. ex complexu C. de inceſtuoſ. nupt. Menz. tract. de teſtam. loc. cit. n.* 83 *& ſeq.* Ratio eſt in odio damnatæ levitatis, & incontinentiæ poſita. Hinc dicit *Nov.* 89. §. 1 quod nulla illis ſit impertienda clementia; hoc autem eatenus procedit, ut a patre, vel matre inſtitui non poſſint, nam extraneus tales ex damnato coitu ſuſceptos valide inſtituit. *Gail. lib.* 2. *obſ.* 88. *n.* 2. Ratio: quia

quia in extraneo ceſſat cauſa prohibitionis, videlicet damnata libido, & peccatrix concupiſcentia. *Marz. loc. cit. n.* 113.

X. Non poſſunt inſtitui hæredes Monachi S. Franciſci, veluti Capucini, & Minores de Obſervantia, ſeu Recollecti. Ita ſtatuitur in *Clement. exivi. ℣. quia igitur. de V. S.* Ratio: quia nihil proprium habere poſſunt, neque in communi, neque in particulari. *Marz. loc. cit. n.* 151. *Glettle loc. cit. n.* 6. Legatum tamen capere, & fideicommiſſum particulare, non prohibentur, modo ſit rei mobilis, & parvæ quantitatis. *d. Clement. exivi.* Ubi nominatim, & in ſpecie prohibentur capere legatum rei immobilis, aut magnæ quantitatis; ergo legatum rei mobilis, & parvæ quantitatis poſſunt accipere, exceptio enim firmat regulam in caſibus non exceptis. *arg. l.* 18 §. 11. *ff. de inſtruct. fund. vel inſtrum. leg.* Cum autem Fratres Minores ſint incapaces judiciorum, actionum pro rebus ſibi donatis, vel in ultima voluntate relictis competentium, ideo poſſunt implorare officium Judicis, ac rogare, ut ad præſtationem legati hæres coarctetur. Vel Judex etiam non imploratus, ex officio adverſus hæredem procedere, & hæredem ad præſtationem legati compellere poteſt. *Marz. n.* 163. *Glettle loc. cit. n.* 7.

Ad verſ. Proprios.

Olim ſervos proprios non aliter inſtituere licebat, quam cum *libertate*, v. g. hoc modo: *Stichus ſervus meus liber, & hæres eſto.* Hodie, omiſſa etiam libertatis donatione, recte inſtituuntur, quia teſtator, dum inſtituendo hæredem, tacite dat libertatem, cum ſine ea hæres eſſe non poſſit; &c.

Excipe ſervum de adulterio cum domina ſua commiſſo accuſatum: talis enim ante ſententiam non manumitti, nec a domina hæres inſtitui poteſt. *text. hic. Marz. & Schamb. hic.*

§. Servus. 1.

a Servus itaque hæres a domino inſtitui poteſt, & inſtitutus ſit liber, dominoque hæres neceſſarius, modo in eadem cauſa manſerit, i. e. in domo teſtatoris, uſque ad mortem, & utrumque, i. e. libertatem, & hæreditatem ex teſtamento conſequatur. Hinc a vivo teſtatore manumiſſus, vel in alterius domini poteſtatem translatus, non amplius hæres erit neceſſarius; ſed priori caſu ex ſuo poſteriori non niſi ex domini ſui novi arbitrio, & juſſu, hæreditatem adire poterit, non etiam nomine ſuo, quia dominus, eum alienando, a libertatis datione deſtitiſſe videtur *text. hic.* Hæc de ſervo *proprio.* Servus vero *alienus*, hæres inſtitutus, juſſu, & nomine domini, in cujus poteſtate adeundæ hæreditatis tempore erit, adibit quod ſi ipſemet tunc liber ſit, nomine ſuo adire poterit.

Q. *Quid, ſi ſervus inſtitutus, non obſtante juſſu domini, adire hæreditatem nolit?* R. Dominus non fiet hæres. *l.* 3. *℣. poſuit. l. 6. t. l. 6. § fin. l. 7. ff. de acquir. & omitt. hæred.*

Di-

Dices: Talis ſervus, nec velle, nec nolle habet. ℞. quoad ea, quæ ad Juris effectum ſunt comparata, *conc.* quoad ea, quæ in facto conſiſtunt, uti eſt aditio, *nego antec. & conſeq. Schamb. hic.*

Urges: Hærede inſtituto, filiofam. & adire hæreditatem recuſante, pater eam acceptare poteſt: ergo etiam dominus, invito ſervo. ℞. *neg. conſeq.* quia eſt ſpeciale in patre, utpote qui magis videtur, eſſe una, eademque perſona cum filiofam. quam dominus cum ſervo. *Schamb. hic.*

§. Servus etiam. 2.

Indicat hoc loco *Imperator*, etiam ſervum hæreditarium poſſe hæredem inſtitui, i. e. ſervum, mortuo jam domino, & nondum ejus adita hæreditate. Videbatur quidem, hunc ſervum inſtitui non poſſe, cum hæreditatem nequeat acquirere, utpote, qui domino caret, ex cujus perſona jus adeundi habeat.

Verum *dicendum*, quod hæreditas jacens, & nondum adita, domini defuncti perſonam ſuſtineat, atque repræſentet. *Confirmatur* concluſio a paritate: poteſt hæres inſtitui ſervus, cujus dominus adhuc in utero eſt: ergo & hæreditarius, qui dominum nondum habet. *text. hic.* Servus tamen hæreditarius, ante aditam hæreditatem a ſuo domino, hæreditatem adire non poteſt, quia requiritur juſſus domini, *Manz. hic.*

§. Servus autem. 3.

Non tantum unius, ſed etiam plurium dominorum, ſeu communis ſervus hæres inſtitui poteſt, hæreditatemque acquiret ſuis dominis, quorum juſſu eam adit, pro portione dominica regulariter, quia dominium eſt acquiſitionis cauſa.

Dixi, *quorum juſſu*, quia uno, alterove non jubente, pars illa jubenti accreſcit, cum nemo paganus partim teſtatus, partim inteſtatus decedere poſſit. *l. 7. ff. de R. I.*

Dices: Si legatum ſervo communi relinquatur, uno domino repudiante, pars vacans alteri non accreſcit; *l. 20. ff. de legat. 2.* ergo idem hic. ℞. *neg. conſeq.* quia ibi aliquis non decedit partim teſtatus, partim inteſtatus.

§. Et unum. 4.

3 Poteſt quis *hæredes* inſtituere, *quot voluerit*, ratio nulla eſt alia, quam libertas ultimæ voluntatis. Ex quo *inferunt*, quod non referat, ſive *Civitatem*, ſive *Populum*, ſive *Collegium* (ſaltem *licitum*) aliquis inſtituat. *Manz. n. 2. & 3. hic.*

§. Hæreditas. 5.

Imperator in hoc § plures hæredes a teſtatore inſtitui poſſe, dixit. Sed quia aliquando inæqualiter inſtituuntur, ideo *partes* hæreditatis *hic declarat.*

Di-

Dividitur autem hæreditas plerumque in XII. *partes*, ſeu *uncias*. Iſtæ autem partes, ſeu unciæ ſimul ſumptæ vocantur *As*, *libra*, vel *pondo* Nomina autem partium hæc ſunt:

Duodecima, ſive minima pars aſſis vocatur *uncia*, *ſextans*, quaſi dicas, ſexta pars aſſis ſunt 2. unciæ. *Quadrans*, quarta pars aſſis ſunt 3. unciæ. *Triens*, tertia pars aſſis, ſunt 4. unciæ. *Quincunx*, quaſi contineat 5. partes *Semis*, quaſi ſemi as, h. e. dimidius as ſunt 6. unciæ. *Septunx*, ſunt 7. unciæ. *Bes*, quaſi bis triens, ſunt 8. unciæ. *Dodrans*, ſunt 9. unciæ *Dextrans*, 10 unciæ. *Deunx*, quaſi dempta uncia, ſunt 11. unciæ.

Ratio porto, quare Jura dividant hæreditatem in XII uncias, alia non eſt, quam, quia conveniens videbatur iſte numerus pro commoda diviſione hæreditatis. Itaque ſi teſtator velit plures hæredes inſtituere, poteſt ita ſcribere. *Titium inſtituo in quincunce; Mævium in quadrante; Cajum in triente:* quo in caſu *Titius* 5. partes, *Mævius* 3. *Cajus* 4. accipiet. Proinde fac, teſtatorem habuiſſe in bonis 1200 fl. Hoc caſu capiet Titius 500. Mævius 300. Cajus 400.

Dices: Quid opus eſt, teſtatorem tam inuſitatis verbis uti? cur non ſtatim dicit: *Titium in 500. Mævium in 300. &c. hæredes inſtituo?* R. I. Id fieri propterea, quia ipſo adhuc vivente creſcere & decreſcere poteſt patrimonium ejus. R. II. Multum intereſſe; nam ſi teſtator dicat: *Titium inſtituo in quincunce, ſive in 5. unciis, vel quinta parte hæreditatis.* Tunc dicitur teſtator ipſum inſtituiſſe in quota hæreditatis, & proinde capit Titius iſtam quotam titulo univerſali. Si dicat. *Titium inſtituo in 500. fl.* Tunc dicitur ipſum inſtituere in certa re, & Titius capit eos titulo ſingulari, & potius nomine legati, quam hæreditatis, cujus hic eſt effectus; nam ſi quis rem certam titulo ſingulari ex teſtamento alterius percipit, conſequitur illam mere lucrative, & ſine omni onere, qui vero quotam, is & pro parte, qua hæres eſt, onera quoque ſuſtinet, & creditoribus hæreditariis ſatisfacere tenetur Alter effectus, & diſcrimen eſt, quoad Jus accreſcendi. nam ſi plures ex ſingulari re hæredes inſtituti eſſent, & unus repudiaret ſuam partem, non accreſceret in ſingulari re, ſed in quota hæreditatis inſtituto, de quo vide §. 1. *infra de legat. Manz. loc. n. 8. & ſeqq.*

Ad ℣. Non autem.

Quanquam bonum ſit (commodioris diviſionis gratia) legalem diſtributionem ſervare, & hæreditatem ſemper in duodecim uncias, non plures, neque pauciores dividere. Non tamen ad hunc numerum reſtrictus eſt; ſed poteſt vel plures, vel pauciores uncias facere. Hinc ſi dixerit: *Titius ex ſemiſſe mihi hæres eſto*, totus as in ſemiſſe erit, quia nemo paganus poteſt pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus decedere *l. 7. ff. de R. J.* niſi miles ſit, quia in hoc ſola voluntas ſpectatur: hinc in dato exemplo

 Titius

Titius ſemiſſem, hæredes ab inteſtato alterum ſemiſſem caperent. *Menz. n.* 16. *Schamb. hic.*

4 *Quid, ſi plures teſtator inſtituerit, & aſſem non impleverit, v. g. Mævium in ſemiſſe, Cajum in quadrante?* ℞. I. Quod quadrans vacans in 9 uncias dividi debeat, & Mævius capiat iterum 6. Cajus vero 3. ℞. II. Poſſe totam hæreditatem in 9. duntaxat uncias dividi, quarum 6. Mævius, 3. Cajus accipit. *Menz. n.* 15.

Quid, ſi teſtator hæreditatem in plures, quam in VII. uncias diviſerit, v. g. Titium in 12. *Cajum in* 6. *unciis inſtituerit?* ℞. Quod tunc in dupondium, ſi vero 24. uncias inſtituendo hæredes excesſerit, in tripondium proceſſiſſe videtur, iſtæ tamen partes omnes ad aſſem revocantur, & cuilibet pro rata decreſcit, quod bono arithmetico relinquitur computandum. *Schamb. hic.* Sed ne te in hac re multum confundas, dic quod quis tot partes capiat, quot ipſi aſſignatæ ſunt, & hæreditas in tot uncias dividatur, in quot ipſe teſtator eos diviſit.

§. Si plures. 6.

Q. in hoc §. *quando ſit neceſſaria diſtributio ſecundum partes aſſis?* & ℞. tunc partium diſtributionem neceſſariam eſſe, ſi plures inſtituantur hæredes, & eos nolit teſtator ex æqualibus partibus hæredes eſſe. Nam ſi nullas partes aſſignaverit, ſatis indicat, ex æquis partibus eos velle hæredes eſſe.

Ad ℣. Partibus.

Quid, ſi teſtator hæredes quoſdam inſtituat definite, h. e. partibus, in quorumdam perſonis expreſſis quoſdam vero indefinite, h. e. partibus, non aſſignatis? ℞. cum diſtinctione, vel enim as eſt completus, vel nondum eſt completus? Si as nondum eſt completus, tunc indefinite inſtitutus partem reſiduam capit, ſi plures indefinite inſtituti ſint, omnes in portionem vacantem concurrunt; eamque æqualiter inter ſe dividunt, quia talis eſſe mens, & voluntas teſtatoris creditur.

Ad ℣. Si vero.

Si vero totus as jam completus ſit, tunc videtur dupondium feciſſe, & inſtitutus indefinite capiet dimidiam partem hæreditatis, quia dupondium ad aſſem revocatur; ſive hæreditas dividitur in 24. uncias, ex quibus definite inſtituti capiunt 12. & indefinite 12. uncias.

§. Videamus. 7.

Si nullus ſine parte ſcriptus ſit, & tamen pars aliqua vacet, illa ſingulis pro parte hæreditatis accreſcit. Et contra, ſi plures hæredes ſcripti in portionibus ſint, tacite ſingulis decreſcet. Sed quomodo fiet computatio? vide *Menz. hic.* qui duos computandi modos tradit, quorum primus valde obſcurus eſt.

eſt. Ego proinde ſecundum teneo, & dico, ſi nullus ſine parte ſcriptus ſit, & una tamen pars vacet, quod non opus ſit Jure accreſcendi; ſed teſtator cenſetur hæreditatem non in plures uncias diviſiſſe. Quod ſi econtra aſſem aſſignando partes excesſerit, cenſetur in plures uncias diviſiſſe, v. g. Fac teſtator inſtituit primum in triente, ſecundum in quadrante. Hoc in caſu cenſetur hæreditatem in ſeptem partes diviſiſſe, quarum primus quatuor, ſecundus tres accepit. Fac iterum: quod primum in ſemiſſe, ſecundum in triente, tertium in quincunce inſtituerit, hoc in caſu cenſetur teſtator hæreditatem in 16. uncias diviſiſſe.

§. Etſi plures. 8.

Si plures unciæ, quam 12. diſtributæ, & aliquis ſine parte inſtitutus ſit, hic habebit id, quod dupondio deeſt. Idem expleto dupondio ſentiendum de tripondio. *Schneid. n.* 5. v. g. teſtator fecit 4. hæredes. I. inſtituit in 6. unciis. II. in 4 & III. in 4. deinde IV. indefinite inſtituit, quid capiet hic? ℞. id, quod deeſt dupondio, videlicet 10. uncias.

§. Hæres, & pure. 9.

In hoc §. traditur qualiter hæredis *inſtitutio* fieri poſſit? videlicet *pure*, & ſub *conditione*. gatam rationem, & etiam hanc, quod is, qui ſemel hæres eſt, non poteſt deſinere eſſe hæres. *l.* 88. *ff. h. t.*

Ex *die* vero, vel *certo* tempore hæres inſtitui non poteſt, veluti poſt biennium, quam moriatur, ne quis pro parte temporis decedat teſtatus, pro parte inteſtatus. Sic etiã in certum tempus hæres inſtitui non poteſt per allegatam rationem, & etiam hanc, quod is, qui ſemel hæres eſt, non poteſt deſinere eſſe hæres. *l.* 88. *ff. h. t.*

Et ideo, ſi ex certo tempore, vel ad certum tempus hæres inſtituatur, tempus habetur pro non adjecto, & cenſetur pure inſtitutus, & hoc fit in favorem ultimarum voluntatum. *text. hic. Maur. & Schneid.*

§. Impoſſibilis. 10.

Q. *Quid Juris, ſi conditio impoſſibilis ſit appoſita?* ℞. Si inſtitutionibus, legatis, fideicommiſſis, donationibus mortis cauſa ea ſit adjecta, habetur pro non adjecta. *text. hic.* & *l* 20 *ff. h. t.* Ratio eſt favor ultimæ voluntatis. Secus ſi contractibus adjecta ſit, tunc enim contractum vitiat, & annullat, quia partes jocari voluiſſe præſumuntur; teſtator autem jocari non præſumitur. *Maur. hic.*

§. Si plures. 11.

Contigit ſubinde, ut plures conditiones uni hæredi adſiciantur, quo in caſu, ſi *conjunctim* ſint adſcriptæ, veluti *ſi Romam iverit, ſi Imperator turcam vicerit*, omnium eventus exſpectandus eſt, conjuncta enim unius loco habentur.

tur. Si *ſeparatim* ſcriptæ ſint, veluti *ſi capitolium aſcenderit, aut Petro* 10. *dederit*, ſufficit, unam eſſe impletam. Ratio: quia in *alternativis* ſufficit alterum adimpleri.

§. Fin.

Illi etiam, quos teſtator nunquam vidit, hæredes inſtitui poſſunt, quia poſſunt vel per *amicitiam*, vel *famam*, vel *virtutem* aliunde noti eſſe. Sic poteſt quis *fratris filios peregrinantes*, vel *Profeſſorem primarium Salisburgenſem* hæredes inſtituere, magis enim voluntas teſtatoris quam cognitio attendenda. *Mant. hic.*

TITULUS XV.

De vulgari Subſtitutione.

SUMMARIA.

1. *Definitur ſubſtitutio in genere.* 2. *Teſtator poteſt plures gradus ſubſtitutionis facere.* 3. *In Codicillis non rectè fit ſubſtitutio.* 4. *Facta tamen in fideicommiſſum trahitur.* 5. *Subſtitutio alia eſt vulgaris, alia pupillaris.* 6. *Iterum alia expreſſa, alia tacita* 7. *Denique alia definita, alia indefinita.* 8. *Facta in caſum voluntatis, facta etiam in caſum impotentia non cenſetur.* 9. *Reſolvuntur argumenta contraria.* 10. *Plures poſſunt in locum unius ſubſtitui.* 11. & 12. *Enumerantur varii caſus ſubſtitutionis.* 13. *Recenſentur effectus ſubſtitutionis vulgaris.* 14. *Exſpirat ſubſtitutio variis modis.* 15. *An ſubſtitutio ſit potior Jure accreſcendi?*

CONNEXIO.

EXpoſito *primo* inſtitutionis gradu, videamus modo de *ſecundo*, *tertio*, & *conſequentibus*; poteſt enim teſtator plures facere inſtitutionis gradus, &c. qui fiunt poſt primum gradum, vocantur ſubſtitutiones, After-Erb-Setzungen. Quam *materiam a ſubtilitate*, & *difficultate* inter alias *principem* compellate poſſis, teſte en in *Menzio*, tanta ejus eſt altitudo, ut compendiaria interpretatione exhauriri non poſſit, videturque ſimillima mari Anglico, in quo ſunt reptilia ſine numero. Ac nolim? animum abjicias, trementi ſimilis induſtria, labore, conſtantia opus eſt, agendum intenſe, & acriter. Difficultatum tanta non occurrit machina, quanta nequeat laborum aſtete conquaſſari, & cui (quæſo!) non incendatur animus, ubi notum eſt, *Baldum* de ſola hac ſubſtitutionum materia conſulendo 1500. anteorum loci tuliſſe.

Ad

Ad princip.

1 *Subſtitutio* a variis varie *deſcribitur*, placet, quod ſit *ſecundi hæredis inſtitutio collata in caſum, quo primus inſtitutus hæres non erit*, v. g. cum teſtator dicit: *Titium hæredem inſtituo, ſi hæres non erit, Cajum ei ſubſtituo.* Hic Titius dicitur inſtitutus, & Cajus ſubſtitutus, & hæc ſubſtitutio eſt ſecundaria, & conditionalis inſtitutio; quia tunc demum ſubſtitutus hæres erit, quando primo loco hæres inſtitutus hæreditatem non adit, vel quia non vult, vel quia non poteſt. *Schneid. n.* 3.

2 Poteſt autem teſtator plures ſubordinationes, & gradus hæredum facere, v. g. dicendo: *Petrus mihi hæres eſto! ſi Petrus hæres non erit, Paulus hæres eſto! ſi Paulus non erit, Joannes eſto! ſi nec Joannes erit, Antonius eſto, & ita deinceps, in quantum velit teſtator, ſubſtituere poteſt*, adeo, ut in ſubſidium, & noviſſimo loco ſervum hæredem inſtituere poſſit, ne ſcilicet inteſtatus moriatur, v. g. dicendo: *Si ex prædictis nemo hæres erit, ſervus hæres eſto!* qui propter dominicam poteſtatem nolens volens hæres eſſe cogitur. *Manz. n.* 3.

3 Porro dicitur in *Textu princip. hic. in Teſtamento ſuo*, quia in codicillis ſubſtituere non licet; Ratio: ne confundatur Jus teſtamentorum, & codicillorum. *Harp. n.* 39. *hic.* Ratio alia: quia, ubi inſtitutio non eſt permiſſa, ibi ſubſtitutio eſt prohibita, cum hæc nihil ſit aliud, quam ſecunda inſtitutio; *Fuſarius de ſubſtit. q.* 1. atque in codicillis inſtitutio non eſt permiſſa; §. 2. *Inſt. de Codicill.* ergo. *Manz. n.* 5.

Q. I. *An ſubſtitutio directis verbis in codicillis facta, cum directo Jure valere nequeat, ſaltem in vim fideicommiſſi ſuſtineatur, ita, ut venientes ab inteſtato cenſeantur rogati eam hæreditatem reſtituere hæredi in codicillis ſubſtituto, detracta quarta Trebellianica?* Quamvis *negativa* in rigore Juris facile defendi poſſit, quemadmodum eam diſputandi (ut ait) potius, quam decidendi gratia tuetur. *Harp. n.* 41. *hic.* ex hac ratione, quod verba directa naturam ſuam retineant, nec obligentur, niſi in caſibus Jure expreſſis, *l.* 7. *ff. h. t.* ubi ſubſtitutio, directis verbis impuberi ultra tempus pubertatis facta, ad fideicommiſſum reducitur.

Affirmativæ tamen *communi* harmonia DD. accinunt. Ita *Zoëſ. ff. de Jure Codicill. n.* 7. *Hunn. ad Treutl. vol.* 2. *diſp.* 11. *th.* 6. *lit. C. Schneid. n.* 15. *Mynſing. n.* 3. 4

Ratio hujus eſt: ut ſuſtineatur ultima voluntas, omni meliori modo, quo poteſt. *Accedit* præterea *l. fin.* §. 1. *C. de Codicill.* ubi *Theodoſius Imperator* ait: non licere ad fideicommiſſi interpretationem, veluti ex codicillis voluntatem reducere, ſi teſtator teſtamentum facere decrevit; ergo a contrario licita erit detractio, ſi codicillos teſtator facere voluit. Deinde inter DD. facile convenit, inſtitutionem, in codicillis directe factam, ad fideicommiſſum reduci, uti communiter tradunt ad § 2. *Inſt. de Codicill.* ergo etiam ſubſtitutio, in codicillis directe facta, ad fideicommiſſum reduci debet.

Dividitur ſubſtitutio I. in *vulgarem*, & *pupillarem.* Vulgaris eſt, qua cuivis 5 ætati,

ætati, & perſonæ a quolibet de populo (idoneo tamen) ſubſtituitur in caſum non aditæ hæreditatis, veluti: *Titius hæres eſto; ſi hæres non erit, Cajus hæres eſto. Schneid. n. 8.* Pupillaris eſt, qua parentes liberis ſubſtituunt impuberibus, in poteſtate conſtitutis, in caſum acquiſitæ hæreditatis, & mortis ante pupillarem ætatem. Huc pertinet ſubſtitutio *exemplaris, breviloqua, &c.* de *quibus tit. ſeq.*

6 Vulgaris *dividitur* II. in *expreſſam*, & *tacitam*. Expreſſa eſt, quæ fit verbis expreſſis, v. g. *Titius hæres eſto, ſi hæres non erit, Cajus hæres eſto.* Tacita eſt, quæ ſub pupillari expreſſa continetur, v. g. ſi teſtator ita ſcribat: *Filius meus impubes hæres eſto! ſi hæres erit, & in impubertate deceſſerit, Cajus hæres eſto!* Hæc eſt ſubſtitutio pupillaris expreſſa, continens in ſe tacitum vulgarem, ita, ut ſi filius in impubertate non moriatur, & ab hæreditate paterna ſe abſtineat, Cajus ſubſtitutus nihilominus ad hæreditatem paternam admittatur. *l. jam hoc jure. 4. ff. h. t.* Sed quomodo admittetur Cajus? R. Ex ſubſtitutione vulgari tacita, quaſi teſtator etiam in illum caſum ſubſtituiſſet, quo hæres non erit, & intra pubertatem non deceſſerit. Et hoc ex interpretatione, vi, & poteſtate legis præſumentis, quod teſtator, qui ita dilexit ſubſtitutum, ut non duntaxat filii bona, ſed etiam bona, ipſius teſtatoris propria, ad eundem venire voluerit, cenſeatur etiam velle, ut filio, ante patrem mortuo, aut ſe ab hæreditate abſtinente, ſubſtitutus in bona ipſius teſtatoris propria ſuccedat. Ita re ipſa docent *Zoeſ. ff. h. t. n. 17. Bachov. ad Treutl. vol. 2. diſp. 11. th. 8. lit. F. Hunn. ibid. q. 50. & var. reſol. lib. 2. tract. 6. q. 7. Fuſar. de ſubſtit. quæſt. 24. per tot. Mantica de conject. ult. volunt. lib 5. tit. 5. n. 1. Schneid. n. 9. Perez, & Schamb. Inſt. hic. Menoch. lib. 4. præſumpt. 43. n. 1. & ſeqq.* ubi ait, pro regula quaſi ab omnibus conſtitui, pupillarem expreſſam in ſe continere vulgarem tacitam, quod an ſine altercatione procedat, videbimus *infra tit ſeqq.*

III. Subſtitutio *dividitur* in *definitam*, & *indefinitam*. Hæc eſt, quæ ſpecialem caſum non complectitur, ſed verbis generalibus concepta eſt, v. g. *Titius hæres eſto! ſi hæres non erit, Cajus hæres eſto!* Illa eſt, quæ ſpecialem caſum complectitur, puta, *voluntatis*, aut *impotentiæ*, v. g. *Titius hæres eſto! ſi hæres eſſe non velit, Cajus hæres eſto!* 7

Q. II. *An ſubſtitutus in caſum voluntatis cenſeatur vocatus in caſum impotentiæ, vel contra?* Caſus eximiæ hujus controverſiæ emergat iſte, teſtator ita ſcripſit: *Titius hæres eſto! ſi Titius hæres eſſe non velit, Cajus hæres eſto!* Jam fac, quod Titius libenter vellet eſſe hæres, ſed quia fortaſſis deportatus eſt, hæres eſſe non poſſit, quæſtionis eſt, an ſubſtitutus Cajus nihilominus admittatur? *Affir. Zoeſ. ff. h. t. n. 7. Perez. ad C. de impub. & aliis ſubſtitut. n. 3. Schamb. Inſt. hic. Gomez var. reſol. tom. 1. c. 3. n. 20. Arumæ. exercit. 8. th. 15. Menoch. lib. 4. præſumpt. 65. Fuſar q. 31.*

Moventur I. Quia videtur eſſe eadem ratio in caſu omiſſo, quæ in caſu expreſſo; nam ſubſtitutio vulgaris: *Si hæres eſſe non velit*, ideo facta intelligitur,

gitur, ut defunctus hæredem habeat, & non decedat inteſtatus in caſu, quo primus inſtitutus hæres non vult eſſe hæres; ſed hæc ipſa ratio militat etiam in caſu, quo hæres eſſe non poteſt; ergo.

Moventur II. per *l. 3. C. de ſubſtit. & inſtit.* ubi inſtitutus ſub conditione: *Si a patre emancipatus fuerit*, cenſetur etiam inſtitutus in caſu, quo pater deportatus fuerit, ſicuti ergo inſtitutio in unum caſum facta, trahitur ad alium caſum, ita quoque ſubſtitutio facta in unum caſum, trahenda eſt ad alterum.

Moventur III. per *l. 25. §. 1. ff. de lib. & poſthum.* ubi proponitur talis caſus: Teſtator ſcripſit illum hæredem, quem adhuc in utero matris eſſe crediderit; poſtea apparuit, quod tempore conditi teſtamenti jam fuerit natus, & conſequenter teſtator in ſua opinione erraverit. *Quærebatur*, an nihilominus valeat inſtitutio? & *reſponſum* fuit, quod *ſic*; ergo diſpoſitio facta in unum caſum, cenſetur etiam facta in alterum.

Moventur IV. per *l. Gallus. 29. §. 5. ff. de lib. & poſthum.* ubi nepos, vocatus in caſum, quo filius mortuus fuerit, cenſetur etiam vocatus in caſum, quo filius deportatus eſt, aut per emancipationem exiit de patria poteſtate; ergo diſpoſitio facta in unum caſum, cenſetur etiam facta in alterum.

Moventur V. per *l. Jam hoc Jure. 4. ff. h. t.* ubi ſub hac conditione: *Si hæres non erit*, etiam hæc conditio comprehenditur: *Si hæres erit, & intra pubertatem deceſſerit*; ergo diſpoſitio facta in unum caſum, cenſetur etiam facta in alterum.

8 Verum, his non *obſtantibus*, ſemper mihi viſa eſt verior *negantium* opinio, ita, ut ſubſtitutus in caſum noluntatis non admittatur in caſum impotentiæ. *Hænn. ad Treutl. vol. 2. diſp. 12. th. 6. q. 37. Fachina. lib. 4. c. 61. Harp. §. 1. Inſt. h. t. n. 7. Bachov. ad Treutl. c. 10. lit. A. Mantic. de conject. ult. volunt. lib. 5. tit. 1.*

Probatur I. hac ratione: quia iſti duo caſus noluntatis, & impotentiæ ſunt plane diverſi, & ita diverſi, ut nihil quidquam invicem commune habeant; quod exinde patet, quia non velle, & non poſſe ſunt diverſa, ſiquidem poſſum non velle Romam ire, non tamen ſequitur, quod non poſſim; atqui diverſorum ea eſt natura, ut, uno poſito, non cenſeatur alterum quoque poſitum; ergo &c.

Accedit, quod actus agentis non operetur ultra ejus intentionem. *l. 19. ff. ſiert.* per ſed actus agentis eſt circa caſum noluntatis; ergo non operatur in caſu impotentiæ, præcipue quoniam ſubſtitutio ex conjecturis inducenda non eſt. *arg. l. 21. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Taceo, quod quælibet conditio debeat in forma ſpecifica adimpleri, uti ex *ſequent.* patebit.

Probatur II. per *l. pater.* 101. *ff. de condit. & demonſt.* ubi proponitur talis caſus: pater filiæ prædium reliquit ſub iſta conditione, ut nuberet Philippo, & ſi huic non nuberet, Philippo tamen daretur prædium, contigit, ut filia libenter nuberet, ſed nondum viripotens, deceſſit. Q. an Philippo debeatur prædium? decidıtur, quod *non*. Jam ſic arguo: ſi legavi in caſum noluntatis, legatarius nihil capit in caſu im-

impotentiæ; ergo etiam, ſi ſubſtitui in caſum noluntatis, ſubſtitutus nihil capiet in caſu impotentiæ.

Probatur III. per *l. commodiſſime* 10. *ff. de lib. & poſth* ubi dicitur, quod ſi teſtator ita ſcripſerit. ſi, vivo me, naſcatur, hæres eſto, non cenſeatur filius poſthumus inſtitutus, & rumpat teſtamentum; ſi mortuo teſtatore naſcatur, ex ratione: quia caſus omiſſus habetur pro omiſſo; ergo idem in noſtro caſu dicendum.

Probatur IV. per *l. 21. ff. h. t.* ubi ſubſtitutus in caſum, quo intra decimum annum filius deceſſerit, non admittitur, ſi poſt decimum annum deceſſerit, ex ratione: quoniam in hunc caſum non eſt ſubſtitutus, & quia conditio debet impleri in forma ſpecifica; ergo idem in noſtro caſu dicendum.

Probatur V. per *l. 22. ff. ſolut. matrim* ubi, ſi extraneus dedit dotem, & eam ſibi in caſu divortii reddi ſtipulatus eſt, dos reddi non debet, ſi matrimonium per mortem diſſolutum ſit; ex ratione non alia, quam, quia caſus omiſſus habetur pro omiſſo, & conditio debet impleri in forma ſpecifica, ergo idem in noſtro caſu dicendum.

9 Argumenta *contraria* nullo labore enervantur.

Ad I. ℞. non ſpectari an ſit eadem ratio, ſed, an ſit voluntas teſtatoris, quæ talis eſſe præſumitur, ut in caſu omiſſo nullum hæredem habeat.

Ad II. ℞. quod in caſu *d. l. 3.* idem plane effectus tam ex emancipatione, quam ex deportatione ſequatur, ſcilicet iſte, ne uſusfructus ad patrem perveniat. Hæc enim unica fuit teſtatricis intentio, quæ adimpletur, ſive patria poteſtas ſoluta ſit per emancipationem, ſive per deportationem. Secus eſt in noſtro caſu, ubi forte teſtator ob certas rationes in caſu impotentiæ ſubſtitutum nolint admitti.

Ad III. ℞. quod teſtator ideo in *cit. l. 25. §. 1.* unum duntaxat caſum expreſſerit, quia ſe ſtatim moriturum crediderit, & nativitatem ejus, quem in utero eſſe crediderit, ignoravit. Secus eſt in noſtro caſu, ubi pater bene novit, ſubſtitutionem vulgarem duos in ſe continere caſus, unum proinde ſi expreſſerit, alterum videtur excluſiſſe.

Ad IV. ℞. Ideo caſum mortis extendi ad caſum deportationis, quia utriusque caſus prorſus eſt eadem ratio; filius enim in utroque caſu deſinit eſſe ſuus, & conſequenter nepos agnoſcitur ſuus hæres, atque adeo rumpit teſtamentum, quod unicum evitare pater voluiſſe præſumitur. Secus autem eſt in noſtro caſu, ubi forte alia teſtatorem potuit moviſſe ratio, quod in caſum impotentiæ non ſubſtituerit.

Ad V. ℞. Quod ideo in *d. l. 4.* ſubſtitutus in utrumque caſum admittatur, quia ſubſtitutio vulgaris tacita continet in ſe pupillarem expreſſam, & pupillaris tacita vulgarem expreſſam.

Accedit, quod conſtitutio *d. l. 4.* ſingulariter a *Divo Marco* facta ſit, & non tantum ideo locum habeat, quia voluntas teſtatoris ſubſtituentis in unum caſum, præſumitur etiam fuiſſe in alterum; ſed quia iſtam præſumptionem expreſſe jura, & leges confirmant.

§ Et

§. Et plures, 1.

10 Q. in hoc §. *qualiter ſubſtitutio fieri poſſit?* & R. diverſimode fieri poſſe, & quidem I. quod plures in unius locum ſubſtitui poſſint, v. g. *Titius hæres eſto, ſi Titius hæres non erit, Lucius, Stichus, Cajus, Sempronius ſunto.*

II. Poteſt teſtator in plurium hæredum locum ſubſtituere unum, v. g. hoc modo: *Lucius, Titius, Mævius, & Publius hæredes ſunto; & ſi hæredes hi non erunt, Sempronius hæres eſto!*

III. Poteſt teſtator ſingulos ſubſtituere in locum ſingulorum, v. g. *Mævius, & Lucius hæredes ſunto, ſi Mævius hæres non erit, ſecus in ipſius partem hæres eſto, ſi vero Lucius non fuerit hæres, Cajus hæres ejus loco eſto. Manz. hic.*

IV. Denique illi ipſi, qui hæredes inſtituti ſunt, poſſunt invicem ſubſtitui, v. g. *Titius, Sempronius, Flacius hæredes mihi ſunto, eosque invicem ſubſtituo. l. qui plures.* 23. & *l. poteſt.* 36. §. 1. *ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* aut ſic: *Publius, Cajus, Stichus invicem ſubſtituti hæredes mihi ſunto.* Ratio autem, quare ſic liceat ſubſtituere, alia dari non poteſt, quam ex *l.* XII. *Tab.* deſumpta: *Sanciat quiſquis in rebus ſuis uti placitum eſt, & pro lege voluntas ejus eſto. Manz. n.* 5. *hic.*

V. Autem forma ſubſtituendi vocatur ſubſtitutio *reciproca*, ſive *breviloqua.* Ratio: quia viciſſitudinaria eſt, & brevibus verbis coarctata; ſi enim quis vulgari modo vellet exprimere, deberet ita ſcribere: *Titius, Sempronius, Flacius hæredes ſunto, ſi Titius hæres non erit, ſint hæredes Sempronius, & Flacius, ſi Sempronius hæres non erit, ſint hæredes Titius, & Flacius, ſi Flacius hæres non erit, ſint hæredes Titius, & Sempronius. Manz. hic. & Harp. hic.*

§. Etſi ex. 2.

11 Pro intellectu noſtri §. caſus formari poteſt talis: *Primus ex 4. ſecundus ex 6. tertius ex duabus unciis hæres, & ſibi invicem ſubſtituti ſunto.* Jam Q. cum hi ex diſparibus partibus, non facta ulla in ſubſtitutione partium mentione, uno ex his deficiente, quas partes in ſubſtitutione habituri ſint? R. partes datæ in inſtitutione, cenſentur repetitæ in ſubſtitutione. *text. hic.* & *l. ſi plures.* 24. *ff. h. t.* Unde, ſi in caſu propoſito deficiat ſecundus, habebit primus 4. tertius vero duas uncias Jure ſubſtitutionis, non Jure accreſcendi, *Schomb. hic.* Modum autem ſupputandi, talem tradit *Manzius*, quod ſcilicet illæ unciæ, quas qui deficit, habet, in tot uncias debeant dividi, quot habent reliqui duo, & ſic quot uncias habent in inſtitutione, tot habebunt ex ſubſtitutione, v. g. teſtator ita ſcripſit, primus ſit hæres ex una uncia. Secundus ex beſſe, i. e. 8. unciis. Tertius ex quadrante, i. e. tribus unciis. Jam ponamus, quod tertius deficiat: Quid agendum? deficientis tres unciæ dividi debent in 9. uncias (primus enim, & ſecundus habent 9. uncias) ex his 9. unciis capiet primus unam unciam; ſecundus vero 8. uncias. *Manz.* & *Harp. hic.* Quid ſi ſecundus deficiat? tunc bes, ſive 8. unciæ dividi debent in 4.

uncias (quia primus, & tertius habent 4. uncias) & ex iſtis 4. unciis tertius habebit 3. uncias, & primus unam unciam. Quod ſi iſte computandi modus non placeat, habes alium ex *Perez. Inſt. hic.* Nimirum totam hæreditatem poteris in tot partes, ſive uncias dividere, quot concurrentibus aſſignatæ ſunt. Sic, ſi in caſu poſito tertius deficiat, hæreditas poterit dividi in 9. uncias, 8. habebit ſecundus, & primus unam. Vel, ſi ſecundus deficiat, poterit hæreditas in 4. partes dividi, & tertius habebit 3., primus autem unam. Pulchre *Manz. hic.*

§. Sed ſi. 3.

12 Hujus §. caſus talis poterit figurari: teſtator inſtituit primum, & ſecundum hæredes: ſecundo ſubſtituit primum, & primo ſubſtituit tertium. Q. *Quid Juris, ſi primus decedat, & ſecundus vivat?* R. tunc ſecundus habebit dimidiam, & tertius dimidiam, *Schneid. hic. ſed diſſent. Schamb.* qui dicit, quod ſecundus totam hæreditatem acquirat, dimidiam quidem Jure inſtitutionis, alteram dimidiam Jure accreſcendi, adeoque (tenet *Schamb.*) Jus accreſcendi eſſe potius, quam ſubſtitutionis, quod, quam falſum ſit, *infra* declarabimus. Si ſecundus ante aditam hæreditatem moriatur, primus autem adhuc vivat, quid tunc Juris? R. quod tunc primus capiat totam hæreditatem, & quidem ſemiſſem ex Jure inſtitutionis, alterum vero ſemiſſem ex Jure ſubſtitutionis, quia alias teſtator decederet partim teſtatus, partim inteſtatus, & hoc dubium nullum recipit. *Schamb. hic.*

Sed quid, ſi primus etiam moriatur, vel nolit, vel non poſſit adire hæreditatem. Q. an tertius tantum partem primi, an etiam partem ſecundi, adeoque utramque partem capiat? Ratio dubitandi eſt, quod tertius non ſit ſubſtitutus ſecundo, ſed duntaxat primo.

R. Tamen, quod tertius utramque partem capiat. Ratio: quia ſubſtitutus ſubſtituto cenſetur etiam ſubſtitutus inſtituto, ita *text. hic.* & *in l. ſi Titius 27. ff. h. t. Manz. hic. n. 4. Schneid. hic.*

Non obſtat *l. qui habebat. 47. ff. h. t.* ubi teſtator filiam ſubſtituit filio: & filiæ poſtea uxorem ſuam; filia prior decedit, deinde filius. Q. utrum hujus filii hæreditas ad uxorem ſubſtitutam, an ad legitimos pertineat? R. pertinere ad legitimos, non ad ſubſtitutam; ergo deciſio noſtri §. non ſubſiſtit. Hoc (inquam) non obſtat: nam ſubſtitutio pupillaris, de qua agitur in *cit. l. qui habebat 47.* a vulgari (de qua nos agimus) diſtinguenda eſt. In vulgari ſubſtitutione tertius ad utramque partem admittitur, ne alias teſtatorem pro altera parte teſtatum, pro altera inteſtatum decedere contingat contra *l. 7. ff. de R. J.* Quod utique contingeret, ſi in una parte ſubſtitutus ex teſtamento, in altera legitimus ab inteſtato ſuccederet. In pupillari vero ſubſtitutione duo quodammodo ſunt teſtamenta, alterum patris, alterum filii. §. 2. *de pupill. ſubſtit.* quæ regulam noſtram non offendunt. *Harp. hic. n. 3. Schamb. & Manz. n. 8.*

§. Si

§. Servus. 4.

Parum utilitatis continet hic §. ut eum prolixe diſcutere tædioſum ſit, præſertim cum utiliora huic titulo adhuc immiſceri poſſint. Proinde pro capiendo hujus §. intellectu te ad *Mem.* remitto.

13 *Effectus* ſubſtitutionis vulgaris varii ſunt. I. Quod ſi hæres inſtitutus hæres non erit, ſubſtitutus ad hæreditatem ſibi delatam admittatur. Duobus autem contingit modis, ut, qui inſtitutus eſt, 'hæres non ſit,' aut, quia non potuit eſſe hæres, aut, quia noluit eſſe hæres. *Harp.* §. 1. *h. t. n.* 6.

II. Quod teſtamentum aſſumat vires a ſubſtituto, & ſic a ſecundo gradu inſtitutionis. licet in primo gradu inſtitutionis non habeat vires. *l.* 3. §. *fin. ff. de lib. & poſthum.* Ratio: quia iſte gradus ſubſtitutionis non cauſatur, nec pendet a primo gradu inſtitutionis, & ejus validitate; imo cauſatur, & pendet ab ejus invaliditate, & defectu *d. l.* 3. §. *fin. Gomez var. reſol. tom.* 1. *c.* 3. *n.* 14.

III. Quod ad ſubſtitutum perveniant tantum bona ipſius teſtatoris, quæ alias ad inſtitutum pervenire debuerint; non autem ſubſtitutus ſuccedit in bonis propriis ipſius, cui ſubſtitutus eſt. *Schneid. pr. Inſt. h. t. n.* 12.

IV. Quod vulgaris expreſſa contineat tacitam pupillarem, uti in *tit. ſeq.* audiemus. V. Vulgaris ſubſtitutio facit de ſuo, & neceſſario hærede voluntarium hæredem, veluti filius de Jure civili eſt ſuus, & neceſſarius hæres ſui patris, licet de Jure prætorio habeat beneficium abſtinendi. Si tamen pater dederit filiofam. vulgarem ſubſtitutum, ita in teſtamento dicens: *Titium, filium meum, hæredem inſtituo, & ſi is non erit hæres, Cajum ei ſubſtituo.* Jam filius eſt voluntarius hæres, ita ut non ſolum de Jure prætorio, ſed etiam Civili Jus abſtinendi habeat. Ita in terminis *Schneid. n.* 12.

Exſpirat ſubſtitutio vulgaris I. adita 14 hæreditate per inſtitutum. *l.* 5. *C. de impub. ſubſt.* Ratio eſt: quia ſubſtitutio vulgaris fit ſub conditione: *ſi hæres non erit*; ſed adita hæreditate deficit conditio, ſub qua alter inſtitutus eſt, ac proinde & ipſa ſubſtitutio. Ita *Harp.* §. *fin. h. t. n.* 17. Ratio alia: quia adita hæreditate bona ipſius defuncti hæreditaria efficiuntur propria hæredis inſtituti, ita, ut amplius non dicatur hæreditas, ſed proprium patrimonium hæredis, adeoque ſubſtitutus hæres eſſe non poteſt; quoniam uni teſtatori duo in ſolidum hæredes eſſe nequeunt. *Schneid. prin. Inſt. h. t. n.* 13 & per aditionem adeo exſpirat ſubſtituto vulgaris, ut, ſi quatuor, vel plures gradus ſubſtitutionis eſſent facti, omnes exſpirarent per aditionem primi hæredis inſtituti. *l. ſi mater.* 33. §. *fin. h. t. ſchneid. loc. cit.*

II. Exſpirat ſubſtitutio vulgaris, ſi hæres de Jure prætorio bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas nactus fuerit. Ratio: quia bonorum poſſeſſores vice hæredum habentur, *l.* 2. *ff. de bon. poſſ.* adeoque, ſicuti per aditionem exſpirat ſubſtitutio, ita etiam per bonorum poſſeſſionem. *Harp. n.* 35. *hic. Zoeſ. ff. h. t. n.* 12.

III. Extinguitur ſubſtitutio vulgaris, ſi teſtator filiis ſuis, qui liberos non habent, ſubſtituat, puta ſubſtitutione fideicommiſſaria, & poſtea liberos ſuſceperit. Nec referat, an conditio hæc *Si ſine liberis*, adita fuerit, nec ne? ſemper enim præſumptio militat, quod nemo alienam ſucceſſionem ſuæ propriæ anteponere velit, *l. 30. C. de fideicommiſſ. l. 6. C. de Inſtit. & ſubſt. Harp. n. 37. hic.* pro coronide

5 Q. IV. *An ſubſtitutio ſit potior Jure accreſcendi?* reſolutive id *aſſero*: hoc unico inductus argumento, quia ſubſtitutus venit ex expreſſa voluntate, & diſpoſitione defuncti, conjunctus vero ex tacita, & conjecturata mente defuncti, & legis proviſione, nec non ſuppletione; unde merito præfertur ſubſtitutus, proviſio enim hominis tollit proviſionem legis. *Zoeſ. ff. h. t. n. 5. Gomez. var. reſol. tom. 1. c. 3. n. 16.* Hæc concluſio adeo vera eſt, ut procedat, etiamſi ſubſtitutio vulgaris ſit tacita, adeoque repudiante impubere, admittetur ſubſtitutus, excluſo cohærede, qui veniret per Jus accreſcendi. Ita *Probatur* per ſubtilitatem textus, *l. fin. C. de hæred. inſt.* ubi habetur, quod ſi teſtator inſtituit Plocium hæredem in parte, & alium in alia parte, & dixit iſta verba: *Sempronius Plocii hæres eſto.* Ita verba dubia interpretantur in vulgarem ſubſtitutionem, ut repudiante Plocio, admittatur Sempronius, & præferatur alteri cohæredi. Ita ſubtiliter *Gomez. loc. cit.*

Dices: In Jure accreſcendi ineſt tacita ſubſtitutio vulgaris, qua teſtator vult, ut altero repudiante penes unum maneat hæreditas, illique accreſcat, & ſic illud Jus accreſcendi provenit ex tacita mente defuncti, & legis diſpoſitione; ſed etiam ſubſtitutio vulgaris tacita venit ex tacita mente defuncti, & diſpoſitione legis, *l. 4. ff. h. t.* quomodo ergo is, qui venit ex ſubſtitutione vulgari tacita præferetur cohæredi, qui venit ex Jure accreſcendi, cum in eo tacita vulgaris inſit, & ſic uterque pari Jure gaudeat. Poſſis hic cum *Accurſio in l. 3. ff. de V. O.* haud inepte exclamare: *Miranda novitas! ſubtilis ſubtilitas! quis eam ruminabit?* At (nolim) conclames, facile enim enervaveris *vim argumenti*, ſi R. quod veniens ex ſubſtitutione tacita ideo venienti ex Jure accreſcendi præfe*ratur*, quia prior venit ex fortiori, & vehementiori voluntate defuncti. I. Quia cum teſtator ſubſtitutum non tantum in bonis pupilli, ſed etiam ſuis propriis prætulerit; non eſt dubitandum, quin multo magis cum in ſua ſola portione prætulerit. II. Quia cohæres non fuit expreſſe vocatus in illam partem, quam Jure accreſcendi capit, econtra ſubſtitutus in illam partem, in quam ex tacita mente defuncti admittitur, fuit etiam expreſſe vocatus; ergo venit ex fortiori voluntate defuncti. Ita *Gomez. loc. cit.*

TITU-

TITULUS XVI.
De Pupillari Subſtitutione.

SUMMARIA.

1. Definitur ſubſtitutio pupillaris. 2. Quid interſit, an quis ſuccedat ex ſubſtitutione vulgari, an pupillari? 3. Pupillaris dividitur in expreſſam, & tacitam. 4. An diviſio ſubſtitutionis vulgaris in expreſſam, & tacitam in Jure fundata ſit. 5. Enumerantur requiſita ſubſtitutionis pupillaris. 6. Quibus liberis recte fiat? 6. Mater non poteſt liberis pupillariter ſubſtituere. 8. Secus de Jure Auſtriaco. 9. An nuda ſine hæredis exiſtentia tabulæ pupillares confirmentur? 10. Recenſentur effectus ſubſtitutionis pupillaris. 11. An pupillaris expreſſa excludat matrem a legitima? 12. Quid ſit ſubſtitutio exemplaris? 13. Quomodo exſpiret? 14. Datur conſilium ad evitandas inſidias, quæ pupillo parare poſſent a ſubſtituto. 15. Exhæredato an recte ſubſtituatur pupillariter? 16. Quot modis pupillariter ſubſtitui poſſit? 17. Quibus modis ſubſtitutio pupillaris exſpiret? 18. Quid ſit ſubſtitutio compendioſa?

1 Expoſita natura ſubſtitutionis *vulgaris*, ſequitur de *pupillari*, quæ *definitur*, quod ſit illa, *quæ fit impuberibus a parentibus, in quorum poteſtate ſunt, in caſum, quo moriuntur intra pubertatem.* Formula hujus ſubſtitutionis proponitur in *pr. hic.* his verbis: *Titius, filius meus hæres eſto, & ſi filius meus mihi hæres non erit, ſive hæres erit, & antequam pubes factus ſit, moriatur, tunc Sejus hæres eſto.* Ecce! in hac formula duplex eſt ſubſtitutio; prima vulgaris, quæ fit verbis negativis in caſum delatæ, & non acquiſitæ hæreditatis, *& ſi filius meus mihi hæres non erit.* Altera pupillaris, qua pater filio in caſum acquiſitæ hæreditatis verbis affirmativis ſubſtituit *ſi hæres erit, & intra pubertatem deceſſerit Perez. Inſt. h. t.* Et ſi ſubſtitutio vulgaris, ac pupillaris ſic conjungantur, dicunt, vocantque eſſe ſubſtitutionem vulgari pupillarem. Ubi tamen attendi debet, ex qua ſubſtitutus admittatur? Nam ſi ex vulgari admittitur, h. e. *ſi filius non erit hæres,* & pubertatem vivendo exceſſerit, tunc ſubſtitutus fit hæres patris; quod ſi vero ex pupillari admittatur, h. e. ſi filius hæres extiterit, & ante pubertatem deceſſerit, tunc ſubſtitutus fit hæres pupilli. Multum autem intereſt, an ſubſtitutus fit hæres patris, an filii; ſive an admittatur ex vulgari, an pupillari? Nam ſi ſit hæres filii, tunc non 2
tantum in iis bonis ſuccedit, quæ a patre, ſed etiam quæ a matre, a cognatis, vel aliunde acquiſivit, non aliter, ac ſi ipſe filius eum hæredem inſtituiſſet, ſi vero patris ſit hæres, tantum capit bona patris non etiam pupilli. *Pr. Inſt. h. t. Manz. n. 16. & ſeqq. hic.*

Dividitur in expreſſam, & tacitam. 3
Expreſſa eſt, quæ in expreſſis verbis gene-

generaliter continetur, v. g. *Si filius meus mihi hæres non erit, vel erit, ſed in impubertate deceſſerit, Titius hæres eſto.* Tacita eſt, quæ ſub expreſſa vulgari continetur, v g. ſi ita pater ſcribat: *Filius meus hæres eſto, & ſi is hæres non erit, Caius hæres eſto.* Hæc eſt ſubſtitutio vulgaris expreſſa, quilibet enim ſic ſubſtituere poteſt, ſed ſi filius adierit hæreditatem, & intra ætatem pupillarem debitum univerſæ carnis perſolverit, ſubſtitutus etiam hoc caſu ex tacita pupillari admitteretur; non autem ex vulgari, quia hæc adita hæreditate extincta eſt; quod autem ex tacita pupillari admittatur, ratio eſt: quia leges præſumunt talem fuiſſe voluntatem teſtatoris, ut qui filio impuberi ſubſtituit in caſum vulgarem: *Si hæres non erit,* intelligatur etiam ſubſtituiſſe tacite in caſum: *Si hæres erit, & nondum pubes factus deceſſerit. Perez loc. cit.* & ad C. *de impub. & aliis ſubſtitut. n. 9. & 10. Schwed. hic. n. 4.* Inſuper hæc diviſio aperte approbatur *l. 4. ff. h. t.* his verbis: *Jam hoc Jure utimur, ut cum pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in utrumque caſum ſubſtituiſſe intelligatur, ſive filius hæres non extiterit, ſive extiterit, & impubes deceſſerit.* Ecce in his verbis: *Sive filius hæres non extiterit* (quæ verba continent ſubſtitutionem vulgarem) *ſive extiterit, & impubes deceſſerit* (quæ eſt ſubſtitutio pupillaris) aperte oſtenditur, quod vulgaris expreſſa in ſe contineat tacitam pupillarem, adeoque ſubſtitutio pupillaris recte, & ſolide in expreſſam, & tacitam dividitur. Ita re ipſa docent *Zoeſ. ff. h. t. n.* 19. *Fuſar. de ſubſtit. q.* 28. *Menoch. lib. 4. præſumpt.* 36. *n.* 12. *Mantic. de conject. ult. volunt. lib. 5. tit.* 14. *Menoch. conſil.* 303. *n.* 21. & *communiter omnes.* Sed

Q. I. *An etiam illa diviſio, qua ſubſtitutio vulgaris divellitur in expreſſam, & tacitam, authoritate Juris munita ſit?* ſive, *an ſubſtitutio pupillaris expreſſa contineat tacitam vulgarem?* ſive (ut magis perſpicue loquar) an ſubſtitutio facta in ſecundum caſum, *v. gr. Filius meus hæres eſto, ſi hæres erit, & in impubertate deceſſerit, Cajus hæres eſto;* intelligatur etiam facta in primum caſum, ita, ut ſubſtitutus in eo caſu admittatur, quo filius hæres non extitit, & ab hæreditate abſtinuit. 4

Negativam ſuſtinet *Anton. Faber decad. 32. error.* 10 ex ratione: quia, *d. l.* 4 tantum conſtituit hoc, quod ſubſtitutio facta in primum caſum, puta, *ſi filius hæres non erit:* cenſeatur etiam facta in ſecundum caſum, puta, *ſi hæres erit, & in impubertate deceſſerit:* non vero facta in ſecundum caſum, intelligatur facta in primum, prout id ipſum verba textus diſerte demonſtrant. *ſive filius hæres non extiterit, ſive extiterit, & impubes deceſſerit.* Porro, quod ſubſtitutio, facta in primum caſum, intelligatur etiam facta in ſecundum non vero, rota verſa, rationem differentiæ præmemoratus *Anton. Faber* hanc aſſignat: quia, ut ſubſtitutio, facta in primum caſum, trahatur, etiam ad ſecundum, favor pupilli: exigit, ut nimirum hæredem teſtamentarium habeat, ſecus eſt in caſu, quo ſubſtitutio in ſecundum caſum facta eſt nam, ſi pupillus ab hæreditate ſe abſtinet, & intra pubertatem non decedit, non militat amplius ratio favoris; quia tunc non pupil-

pupillo, ſed patri, utpote ex vulgari ſubſtitutione ſubſtitutus, ſuccedit. Ita ſubtiliter *Anton. Faber loc. cit.*

Verum ſubtilis hæc ſubtilitas non me movet, quin potius ſtatuam, ſubſtitutionem, factam in ſecundum caſum, intelligi etiam, factam in primum, ideoque ſubſtitutionem vulgarem recte diſpeſci in expreſſam, & tacitam. Hanc *Sententiam*, utpote *communiorem* ſuo dignatur patrocinio *Zoeſ. ff. loc. cit. Bachov. ad Treutl. vol. 2. diſp. 11. th. 3. lit. F. Hunn. ibid. q. 50. & ver. reſol. lib. 2. tract. 6. q. 7. Fuſar. de ſubſtit. q. 24. Mantica de conjectur. ult. vol. lib. 5. tit. n. 2. Men. lib. 4 præſumpt. 43. n. 1.* ubi ait, pro *regula* quaſi ab omnibus conſtitui, pupillarem expreſſam in ſe continere vulgarem tacitam.

Probatur hæc *Sententia* per *cit. l. jam. 4. ff. h. t.* his verbis: *jam hoc Jure utimur, ut cum pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in utrumque caſum ſubſtituiſſe intelligatur.* En! textus aperte, indiſtincte, & generaliter ſtatuit, quod ſubſtitutio, facta in unum caſum, cenſeatur etiam facta in alterum, non proinde attendendum erit, in quem caſum teſtator ſubſtituerit, nam ſive in primum, ſive in ſecundum ſubſtitutio facta ſit, cenſetur facta in utrumque caſum. Ratio hujus a *Menoch. loc. cit.* adducitur hæc: nam, qua ratione teſtator voluit hæreditatem ſuam pervenire ad ſubſtitutum mediate, nempe mediante perſona pupilli, cum hæres hæredis ſit teſtatoris hæres. *l. ult. Cod. de hæred. inſtit.* eadem ratione videtur voluiſſe, quod hæreditas ſua perveniat ad ſubſtitutum immediate, ſi voluerit ſuccedere ex tacita vulgari; quia immediate teſtatori ſucceditur. *prin. Inſt. hic.*

Non *obſtat* jactatus a *Fabro* pupilli favor; favorabilior enim foret cauſa hæredum, ab inteſtato venientium, ut hi in bona defuncti admitterentur, quam ut pupillus hæredem teſtamentarium haberet, adeoque non favor pupilli efficit, ut ſubſtitutus in primum caſum, intelligatur ſubſtitutus in ſecundum; ſed conjecturata defuncti voluntas, quæ talis eſſe præſumitur, ut ſubſtitutio in unum caſum facta, cenſeatur facta in utrumque.

Nec ad rem facit *l. 28. de reb. author. jud. poſſid.* ubi filio impuberi pupillariter ſubſtitutum eſt, & poſtea pupillus ab hæreditate abſtinuit, diciturque in *textu*, nulla mentione facta, an ſubſtitutus ex vulgari admitti debeat, bona patris vendita eſſe, quæ vendi non potuiſſent ſine conſenſu ſubſtituti, ſi daretur ſubſtitutio vulgaris tacita. Siquidem ℞. in *text. d. l. 28.* hoc quæri, an, quoniam pupillus ab hæreditate abſtinuit, ſubſtitutus creditoribus paternis reſpondere teneatur? quæ *quæſtio* a noſtra toto cœlo diverſa eſt. Deinde haud inepte ex iſto *textu* ſupponitur, quod ſubſtitutus patris hæreditatem repudiaverit; alias ſequeretur, nec hæredes ab inteſtato abſtinente pupillo admitti, niſi forte in caſu *d. l. 28.* etiam repudiarunt hæreditatem, utpote fortaſſis æri alieno obnoxiam. *Bachov. loc. cit.*

His ita *præmiſſis* modo ad explicationem noſtri principii proprius jurabit acceſſiſſe. Ex quo *colliges*, quod liberis noſtris dupliciter ſubſtituere poſſimus.

I. *Vul-*

I. *Vulgariter*, verbis *negativis* in caſum *deletæ*, & *non acquiſitæ* hæreditatis, hoc modo: *Filius meus mihi hæres eſto*, *& ſi filius meus mihi hæres non erit*, *Sejus hæres eſto*. Hæc ſubſtitutio vulgaris vocatur, quia a quolibet cuilliber ſic ſubſtitui poteſt.

II. Poſſumus iis ſubſtituere *pupillariter* verbis *affirmativis* in caſum *acquiſitæ* hæreditatis, dicendo: *Titius filius meus mihi hæres eſto*, & *ſi hæres erit*, & *prius morietur*, *quam pubes factus ſit*, *tunc Sejus hæres eſto*. Hoc in caſu, licet alius exiſtat hæres, hæreditatemque adierit; ſi tamen ante pubertatem moriatur, ſubſtitutus ipſi filio hæres fit. *Manz*. *n*. 1. Ratio eſt in textu: *Nam moribus inſtitutum eſt, ut cum ejus ætatis filii ſint, in qua ipſi ſibi teſtamentum facere non poſſunt, parentes ei faciant*. Dicitur autem in textu *moribus*, ut intelligatur non ex *l. XII. Tabb*. hanc ſubſtitutionem deſcendere; ſicuti vulgaris, ſed conſuetudine receptam eſſe; nam de Jure *XII. Tabb*. nemini licet alienæ familiæ hæredem conſtituere. *Manz*. *n*. 3.

5 Porro, ut ſubſtitutio pupillaris ſuis numeris abſolvatur, requiritur I. ut eos liberos, quibus teſtator pupillariter vult ſubſtituere, habeat in poteſtate patria. *l*. 2. *ff*. *h*. *t*. *& text*. *hic*. Ratio: quia hæc ſubſtitutio eſt effectus patriæ poteſtatis. *Manz*. *n*. *hic*. *Weſenb*. *n*. 2. *Zoeſ*. *ff*. *h*. *t*. *n*. 24. *Harp*. *Inſt*. *hic*.

6 Illud non *refert* I. ſive liberi ſint naturales & legitimi ſimul, ſive legitimi tantum, quia nimirum tranſeunt in poteſtatem adoptantis, veluti adoptati ab aſcendente, & arrogati *l*. 10. §. 6. *ff*. *h*. *t*. cum & hi in poteſtate habeantur. *l*. 22 §. 1. *ff*. *de adopt*. Illa tamen ſubſtitutio, quam arrogator facit, non extenditur, niſi ad legitimam, quam ab arrogante habuit, *d*. *l*. 10. §. 6. Ratio: quia arrogans impuberem cautionem præſtare debuit, ſe arrogati proximioribus omnia ejus bona redditurum, ſi is impubes deceſſerit, ne alias illis fiat injuria per arrogationem. Vide quæ diximus ad §. 4. *Inſt*. *de adopt*. *Perez ad C. de impub*. *& aliis ſubſt*. *n*. 12.

Non *refert* II. ſive nati ſint, ſive poſthumi §. 4. *Inſt*. *hic*. ſive inſtituti, ſive exhæredati, *d*. §. 4. ſive in primo, ſive in ſecundo, veluti nepotes, ſive ulteriori gradu, veluti pronepotes conſtituti. *d*. *l*. 2. *ff*. *h*. *t*. *Fuſar*. *de ſubſtitut*. *q*. 118. *n*. 4. *Harp*. *n*. 5. Quod ultimum tamen tunc demum procedit, ſi nepotes, & pronepotes ita ſint in poteſtate ſubſtituentis conſtituti, ut poſt mortem ejus non ſint recaſuri in poteſtatem alterius. *d*. *l*. 2. Ratio: quia is, in cujus recident poteſtatem, iis teſtamentum condere poteſt, quo Jure ſine facto ſuo non privandus. Unde avus nepoti ex filio non recte pupillariter ſubſtituit, vivo adhuc patre. *Manz*. *n*. 10. *Franz*. *Inſt*. *h*. *t*. *n*. 6. *Zoeſ*. *ff*. *h*. *t*. *n*. 26. ex dictis

Colliges I. Quod ſubſtitutio pupillaris liberis emancipatis, ſpuriis, & naturalibus tantum fieri nequeat: quoniam in poteſtate patria non exiſtunt. *l*. 65. *ff*. *h*. *t*. *Harp*. *n*. 6. *Perez loc*. *cit*. *n*. 13. *Mynſing*. *n*. 5. *Schneid*. *n*. 8.

Colliges II. Quod mater liberis ſuis pupillariter ſubſtituere nequeat *d*. *l*. 2. quoniam liberos in poteſtate non habet. §. 10. *Inſt*. *de Adopt*. *Perez d*. *loc*. *n*. 11. 7

n. 11. *Berlich. deciſ.* 3. *Aruma exer.* 8. *th.* 14. *Harp. n.* 7. *Zoeſ. loc. cit. n.* 19.

Non obſtat *l. ſi mater.* 33. *ff. h. t.* his verbis: *Si mater ita teſtetur, ut filium impuberem, cum erit annorum* 14. *hæredem inſtituat, eique pupillaribus tabulis, ſi ſibi hæres non erit, alium ſubſtituat, valet ſubſtitutio.* ℞. Enim in *d. l.* 33. matrem non ſubſtituiſſe filio impuberi pupillariter, ſed vulgariter, prout patet ex ipſis verbis negativis: Si *ſibi hæres non erit*, quæ verba ſubſtitutionem vulgarem important.

Urges: in *cit. text. l.* 33. fit mentio tabularum pupillarium, ergo facta eſt ſubſtitutio pupillaris. ℞. ideo fieri mentionem tabularum pupillarium, quia mater in ſuis teſtamenti tabulis pupillum ſub conditione: ſi *pubes erit*, hæredem inſtituit, adeoque iſtam denuntiationem non trahunt a ſubſtitutione pupillari, ſed a perſona pupilli, cui vulgaris ſubſtitutio facta eſt. *Franz. n.* 2. *Harp. n.* 7. *Zoeſ. loc. cit. Hunn. var. reſol. lib.* 2. *tract.* 6. *quæſt* 10. Sane ſi mater ſua bona ad ſubſtitutum pervenire velit in caſu, quo filius intra pubertatem moritur, neceſſe habet, ut eum fideicommiſſo gravet. *Zoeſ. n.* 19. *Berlich. dec.* 2. *n.* 4. *Struv. exerc.* 33. *n.* 23.

8 De Jure *Auſtriaco*, quod mater filio ſuo pupillariter ſubſtituere poſſit, ex Schwarzenthaler teſtatur *Suttinger in M. S. lit S ✠ ſubſtitutio*, his verbis: Von dem Landes-Brauch aber zu reden, ſaget Schwartzenthaler, iſt gleichwohl wahr, daß etliche tauſend Teſtamenta von denen Obrigkeiten hoch- und niedrigen, in welchen matres teſtatrices ihren Kindern pupillariter ſubſtituiret haben, publiciret, exequiret, bey Kraft, und Würckung verblieben ſeynd, rc.

II. Requiritur ad ſubſtitutionem pupillarem, ut liberi, quibus ſubſtituitur, ſint impuberes, *text. hic.* & *l.* 42. *ff. h. t. Zoeſ. n.* 28. Ratio quia puberes ſibi ipſis teſtamenta habere poſſunt. *Mont. n.* 9.

Sane, ſi ex ſtatuto, aut loci conſuetudine, ante 18. vel 20. annum quis teſtamentum condere nequeat, poterit a patre uſque ad illius ætatis annos filio fieri ſubſtitutio pupillaris, ut nimirum ex diſpoſitione patris hæredem habeat, qui ſibi ipſi de hærede providere non poteſt. *Zoeſ. ff. h. t. n.* 29. *Vaſq. de ſucceſſ. p.* 2. §. 14. *n.* 55. Sic cum nos ſupra *tit.* 12. §. 1. dixerimus, de Jure Auſtriaco neminem ante 18. annum teſtari poſſe, nullus dubito, quin ad illam uſque ætatem ſubſtitutio pupillaris recte fiat. *Walter de Jure conſuet. Auſtr. l.* 3. *tit.* 27. Solche Pupillar-Subſtitution kan ſich nicht weiter, als auf die Zeit der Vogtbarkeit erſtrecken, derohalben alſobald die Kinder ihre vollkommene 18. Jahr erreichen, oder durch Heyrat vor dieſer Zeit, nach Landes-Brauch vogtbar werden, hat ſolche Subſtitution ihr Ende erreichet, wird tod, und ab.

III. Requiritur, ut pater, qui liberis ſuis teſtamentum facit, ſibi ſimul teſtamentum faciat, *d. l.* 2. § 4. & illud valeat §. 5. *h. t.* Ratio: quia pupillaris ſubſtitutio eſt pars, & ſequela paterni teſtamenti, adeoque principali non ſubſiſtente, non poteſt ſubſiſtere acceſſio. *l.* 178 *ff. de R. J. Mont. n.* 13. Unde ſi patris hæreditas non ſit

adita, evaneſcit pupillare teſtamentum; *l. 2. §. 1. ꝟ. adeo. ff. h. t.* Hæreditate enim non adita nihil ex his valet, quæ ſcripta ſunt in teſtamento *l. 9. ff. de teſtament. tut. l. 181. de R. J. Mynſing. n. 10. Perez. hic. Zoeſ. n. 33.* Fac proinde, quod pater filio exhæredato pupillariter ſubſtituerit, (prout id ipſum poteſt. §. 4. *h. t.*) & Titium hæredem inſtituerit; hoc caſu, niſi Titius ex teſtamento paterno adeat hæreditatem, tabulæ pupillares exſpirant. *Brunnem. in d. l. 2. §. 1.*

9 Q. II. *An nuda ſui hæredis exiſtentia tabulæ pupillares confirmentur?* ut locus ſit ſubſtitutioni pupillari, requiritur impuberem hæredem extitiſſe, & intra pupillarem ætatem deceſſiſſe; ſic enim ſubſtitutio pupillaris his verbis: *Filius meus hæres eſto; ſi filius meus hæres erit, & intra impubertatem deceſſerit, Sejus hæres eſto.* En! ut caſus iſtius ſubſtitutionis eveniſſe dicatur requiritur ut filius hæres extiterit, & intra impubertatem deceſſerit.

Verum fac, filium ſe hæreditati non immiſcuiſſe, & conſequenter hæredem non extitiſſe, ſed ex beneficio Prætoris ſe ſe ab hæreditate abſtinuiſſe, & impuberem deceſſiſſe, conſurgit quæſtio: an, cum filius ſit ipſo Jure hæres, & quidem ſine omni ſuo facto, §. 3. *Inſt. de hæred. quæ ab inteſt. defer.* nuda ſui hæredis exiſtentia, ſive per hoc, quod filius ſit ipſo Jure hæres, ita confirmentur tabulæ pupillares, ut ſubſtitutus ex cauſa ſubſtitutionis hæreditatem adire poſſit. Quam intricata ſit, & confuſa hæc controverſia, vix eſt, ut ſatis exprimam. Ego, ne rei difficultate legentis ſenſa premam, breviter me expedio, atque fortiter teneo, exiſtentia ſui hæredis tabulas pupillares ita confirmare, ut ſubſtitutus omnino admittendus ſit. Ita tenent. *Zoeſ. ff. h. t. n. 34. Perez. ad C. de impub. & aliis ſubſtit. n. 20. Harpr. var. reſol. lib. 2. tract. 6. quæſt. 16. Bachov. ad Treutl. vol. 2. diſp. 12. th. 3. lit. C.*

Ratio ſola, ſed ſolida eſt: quia conditio ſubſtitutionis pupillaris eſt: *Si pupillus hæres extiterit*; at vero ſuus hæres etiam tunc hæres extitiſſe dicitur, ſi ſe abſtinuit ab hæreditate. *l. cum quaſi. 30. §. 10. ff. de fideicommiſſ. libert.* quia ipſo Jure hæres eſt. *d. §. 3. Inſt. de hæred. quæ ab inteſt. defer.* Et morte patris non tam illi acquiri rerum paternarum dominium, quam in eum continuari dicitur *l. 11. ff. de lib. & poſth.*

Accedit *l. 28. ff. de reb. auth. jud. poſſid.* ubi quamvis pupillus hæreditate patris abſtinuiſſe proponatur, nihilominus tamen eo intra pubertatem mortuo, ſubſtitutus admittitur, & creditoribus paternis tenetur; quod fruſtra ſane adderetur, ſi non in tali caſu ex ſubſtitutione pupillari ſubſtitutus admitteretur. *Perez. loc. cit.*

Effectus ſubſtitutionis pupillaris eſt 10 I. Quod ſubſtitutio pupillaris expreſſa contineat tacitam vulgarem, quemadmodum ſupra Quæſt. I. ad oculum demonſtravimus. II. quod per pupillarem ſubſtitutionem pupillo in impubertate decedenti ſubſtitutus ſuccedat in omnibus indiſtincte bonis, ſive a patre, ſive a matre, ſive a cognatis, ſive a quocunque alio acquiſitis *l. 10 §. 2. ff. h. t. l. 59. ff. de acquir. hæredit. Perez. ad C. d. t. n. 25 Schneid n. 5.* III. quod pupillaris excludat matrem, &

omnes

omnes aſcendentes per lineam maternam a ſucceſſione filii. *l.* 8 §. 5. *h. t. de inoff. teſtam. c.* 2. *de teſtam. in* 6. *Perez. loc. cit. n.* 28.

11 Q. II. *An ſubſtitutio pupillaris expreſſa excludat matrem etiam a legitima?*

Reſolutive dixeris, quod non. I. quia legitima debetur matri Jure naturali. *c. ſi pater. de teſtam. in* 6. in verbis: *ſive patris Jure naturæ debita*; ergo per ſubſtitutionem pupillarem ab illa nequit removeri, cum jura naturalia ſint immutabilia. §. 11. *Inſt. de J. N. G. & C.*

II. Quia filius, ſi nomine proprio teſtamentum condat, non poteſt matrem a legitima excludere; *Nov.* 115. *c.* 4. ergo neque pater matrem poterit a legitima excludere, ſi nomine filii teſtamentum faciat; qui enim aliquid non poteſt facere per ſe, multo minus poteſt per alium. *l.* 10. *C. de hæred. inſtit.*

III. Quia legitima gravamen non recipit; *l.* 32. *C. de inoff. teſtam.* atqui per ſubſtitutionem pupillarem gravaretur in legitima; ergo.

IV. Quia privilegium alicui conceſſum non debet extendi in præjudicium alterius. *l.* 2 §. 10. & 16. *ff. ne quid in loc. publ.* ſed quod pater filio ſuo pupillariter poſſit ſubſtituere, eſt privilegium; ergo in præjudicium matris extendi non debet.

Verum tenenda eſt ſententia contraria, quam defendunt *Zoeſ. ff. h. t. n.* 49. *Perez. C. de impub. & aliis ſubſtit. n.* 29. *Gomez var. reſolut. tom.* 1. *c.* 3. *n.* 9. *Hunn. ad Treutl. vol.* 2. *diſp.* 21. *th.* 9. *lit. C. Fab. lib.* 4. *c.* 41. *Carpz. p.* 3. *conſt.* 8. *def.* 1. *Menoch. lib.* 4. *præſumpt.* 38. *n.* 29. *Berlich.* 3. *concluſ.* 10. *n.* 20.

Nititur I. hæc Sententia *text. l.* 8. & *l.* 5. *ff. de inoff. teſtam.* his verbis: *Sed nec impuberis filii mater inofficioſum teſtamentum dicit, quia pater ei hoc fecit.* Nititur II. formali, *text. c. ſi pater. de teſtam. in* 6. ubi in hæc verba reſcribitur: *Licet autem filius teſtamento ſuo matrem portione, Jure naturæ debita, privare non poſſit, pater tamen in teſtamento, quod filio impuberi facit, poteſt. Nam teſtamentum hujuſmodi pupillare paternum, vel paternis potius pars eſt teſtamenti.* Sane, quid hoc textu illuſtrius adornari poſſit, non video; manet proinde vera, & immuta noſtra ſententia, ex hac potiſſimum ratione; quia nimirum in filio impubere ceſſat ratio impietatis, utpote qui non dicitur teſtatus eſſe, ſed pater ejus nomine, qui non inſtituendo, & vocando uxorem, non dicitur contra officium pietatis feciſſe.

Ad I. ℞. I falſum eſſe, quod legitima parentibus de Jure naturæ debeatur. *l.* 7. *ff. unde liberi.* ubi dicitur, quod ratio miſerationis parentes ad bona liberorum admittat. ℞. II. Legitimam dupliciter conſiderari poſſe. I. Ut Jus petendi alimenta. II. Ut determinatam legibus portionem; licet ergo primo ſenſu ſpectata, de Jure naturæ dicatur debita, adeoque per ſubſtitutionem pupillarem tolli non poſſit, id tamen nobis nequaquam refragatur; enimvero ipſi nos tenemus, matrem alendam eſſe a ſubſtituto, ſi ſe ipſam alere nequeat, ſed illud negamus, & pernegamus, quod pater nomine filii impuberis teſtamentum faciens,

ciens, teneatur matri relinquere legitimam, quatenus ſapit determinatam legibus portionem. Ad II. ℞. Quod illud procedat, & locum habeat, ſi quis faciat actum pro alio, nomine ejus, vel ex mandato; atqui in noſtro caſu pater non teſtatur nomine, aut ex mandato filii, ſed nomine proprio, & ex poteſtate patria, vigore cujus de bonis filii ita poteſt teſtari, ac ſi de bonis propriis diſponeret, in quibus, quin matrem præterire poſſit, non eſt dubitandum.

Ad III. ℞. Matris legitimam gravari non poſſe a filio, ſecus a patre.

IV. Eodem modo proſternitur: nullum enim matri præjudicium fieri dicitur, utpote quæ a patre, ſeu marito ſuo non eſt inſtruenda.

§. Qua ratione. I.

12 In hoc §. agitur de ſubſtitutione *exemplari*, quæ exinde talis nuncupatur, quia ad ſimilitudinem, & exemplum pupillaris eſt inducta, eſtque illa, qua permiſſum eſt parentibus, qui mente captos habent filios, vel nepotes, cujuscunque ſexus, vel gradus, etiamſi puberes ſint, eis ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis certas perſonas ſubſtituere, puta, liberos, aut fratres, ſi quos habeant, & his deficientibus extraneos. *text. hic. & in l. 9. c. de impub. & aliis ſubſtit.*

Dicitur I. *parentibus*, puta, tam matri, quam patri, non enim conſideratur hic patria poteſtas, ſicut in pupillari ſubſtitutione, cum ex ratione humanitatis, & commiſerationis inducta ſit, quæ ratio non minus obtinet in parente fœminæ, quam maſculo. *Schneid. hic. Perez. loc. cit. n.* 38. Quod ſi uterque parens teſtatur, & ſubſtitutionem exemplarem faciat, tunc diſpoſitio matris in bonis maternis patris in paternis valitura eſt. *Zoeſ. ff. de vulg. & pupill. ſubſt. n. 91. Perez. d. n. 38. Bartol. & Jaſon. in l. 43. ff. h. t.*

Dico II. *certas perſonas.* Non enim licet teſtatori indiſtincte omnes omnino perſonas ſubſtituere; verum ſi mente captus habeat liberos, hos ſubſtituat, neceſſe eſt. *d. l. 9 C. h. t.* Si liberos non habeat, tunc ejusdem fratres, aut ſorores debet exemplariter ſubſtituere. In horum defectu, quas velit, poterit perſonas ſubſtituere. *Mont. hic. n. 8. d. l. 9.*

Ad verſ. Sin autem.

13 Finitur exemplaris ſubſtitutio I. quando furor vel morbus ceſſat, tum, quia ceſſante cauſa ceſſat effectus; tum, quia tunc mente captus ſibi ipſi poteſt facere teſtamentum. *Mont. hic. n. 9.*

Finitur II. Si filii naſcantur ei, cui ſic ſubſtituitur exemplariter. *Schneid. hic. n. 15.*

III. Si ſubſtituentis teſtamentum corruat, & non adeatur hæreditas. *Zoeſ. ff. loc. cit. n. 80.*

§. Igi-

§. Igitur. 2.

Quod ſi pater filio ſuo pupillariter ſubſtituit, Q. *quot ſint teſtamenta, an unum, an duo ſint?* R. ſub diſtinctione: vel enim conſideratur teſtamentum quoad *cauſam efficientem, materiam & effectum*: & hoc caſu videntur eſſe duo teſtamenta; quia, quot ſunt perſonæ, & hæreditates, tot eſſe videntur teſtamenta: ſed ſunt duæ perſonæ, & duæ hæreditates; ergo. Vel conſideratur quoad *formam & ſolennitates*, & hoc caſu patris, & filii teſtamentum pro uno habetur. *l. 20. ff. h. t.* ſic VII. ſolummodo teſtes non XIV. requiruntur. *Menz. loc. n. 3.* Item ita una tantum Falcidia de utroque detrahitur. *Harp. n. 3. loc.* Item ſubſtituttus non poteſt unam hæreditatem ex teſtamento pupillari amplecti, & illam ex teſtamento paterno repudiare, ſed utramque aut adire, aut repudiare debet. *l. 10 §. filio. 2. ff. h. t. Harp. loc. cit.*

§. Sin autem. 3.

14 Quandoquidem teſtator formidoloſus eſſe poſſit, ne a ſubſtituto ſpe hæreditatis obtinendæ, inſidiæ ſtruantur impuberi inſtituto: Ideo *Juſtinianus* hic modum præſcribit, & oſtendit tutiſſimum conſilium ad ſubterfugiendas inſidias, quas pupillo metuit. Conſilium autem tale eſt: Pater vulgarem ſubſtitutionem palam, & in primis teſtamenti partibus, ordinare, & facere debet hoc modo. *Filius meus hæres eſto; ſi hæres non erit, Titius hæres eſto.* Hoc caſu Titius vulgariter ſubſtitutus, pupillo inſidias ſtruere nequit. Non vivo patre: cum quid in teſtamento ſcriptum ſit, ignoret. Non poſt mortem patris: cum filio hærede exiſtente, vulgaris ſubſtitutio protinus exſpiret. Poſtea ſi velit pater filio Titium etiam pupillariter ſubſtituere: h. e. in illum caſum, quo filius hæres erit, & intra impubertatem moriatur, ut tunc Titius ſit hæres, tunc ſuppeditat hoc conſilium, ut teſtator hanc pupillarem ſubſtitutionem in inferiori, ſeu ultima principalis teſtamenti parte ſcribere; eamque partem proprio lino, propriaque cera conſignare, & in priori teſtamenti parte cavere debeat, ne tabulæ inferiores, ſive pupillares aperiantur prius, quam pupillus mortuus fuerit. Itaque ſubſtitutione pupillari facta, pupillus ab omnibus inſidiis tutus erit. Etenim neque vivo patre, quiſpiam ei inſidiabitur, eo quod teſtamentum omne adhuc clauſum eſt: neque etiam mortuo patre, quod tota ſubſtitutionis pupillaris ratio ignoretur. *Harp. loc.*

Ad verſ. Illud palam.

Ex his verbis ſubſeqq. colliges, quod ſi hoc conſilium obſervatum non fuerit, teſtamentum nihilominus valere, quamvis hoc pupillo valde periculoſum ſit. *Ratio*: quia *Imperator* hic nihil præſcribit, niſi conſilium; conſilium au-

autem neminem obligat, vel adſtringit, ſed cuique liberum eſt, illud ſequi, vel non. *Mant. n. 8.*

§. Non ſolum. 4.

Q. in hoc § *An pater non ſolum hæredibus inſtituti liberis impuberibus pupillariter ſubſtituere poſſit, ſed etiam exhæredatis?* Ratio dubitandi I. quia qui non eſt honoratus, non poteſt gravari, ſed filius exhæredatus non eſt honoratus; ergo. II Subſtitutio ſemper inſtitutionem præſupponit, at exhæredatio inſtitutioni e diametro opponitur, ergo.

15 Hoc non obſtante ℞. *Imperator*, quod filio exhæredato pater pupillariter recte ſubſtituat, v. g. hoc modo: *Titius hæres eſto, Marcus filius meus exhæres. quia vitæ meæ ſtruxit inſidias; ſi tamen ante annum XIV. decedat, Sempronius ei hæres eſto.* Ratio in promptu eſt: quia ſubſtitutio fit non propter inſtitutionem, ſed propter patriam poteſtatem, atqui non minus eſt, & manet in poteſtate, qui exhæredatur, quam qui inſtituitur. *Mant. & Harp. hic.*

Ad rationem dubitandi I. ℞. Per ſubſtitutionem hanc non gravari filium, ſed potius honorari: honor enim eſt, ut is, qui per ſe hæredem habere nequit, ſaltem per alium habeat *l 24. ff. de acquir. vel amitt. hæred. Schamb. hic.* Ad II. Repono, hoc caſu ſubſtitutionem exhæredato filio factam conſiderari reſpectu inſtitutionis in prioribus tabulis factæ. Sunt enim quaſi duo teſtamenta, unum patris, alterum filii: fac ergo, quod in teſtamento patris extraneus hæres inſtitutus ſit, filius vero exhæredatus: hoc caſu recte filio in poſterioribus tabulis ſubſtituitur; hæc enim ſubſtitutio ab inſtitutione priorum tabularum ſuſtinetur. *Harp. hic n. 3.*

Dices: Talis exhæredato filio ſubſtitutus nihil habebit; ergo ℞ Quod habiturus ſit *bona, quæ aliunde, vel a matre, vel extraneo*, vel etiam *a patre*, alio, quam hæredis titulo, ad filium pervenerunt. *Schamb. & Mant. hic.*

Ad verſ. Quæcunque.

Quemadmodum in inſtitutionibus, ita & in ſubſtitutionibus poſthumus pro jam nato habetur: ut & in omnibus, quæ ad ejus commodum pertinent. *l. 7. l. penult. ff. de ſtat. hom.* ſubſtitutionem autem utilem eſſe liberis, & ad eorum commodum introductam, in confeſſo eſt. *l. 2. l. 34. ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* Hinc etiam poſthumus ſubſtitutum pupillariter habere poterit, ſi inſtituatur. *Text. hic. Harp. n. 10.*

§. Liberis 5.

Hunc §. ut intelligas, repete, quæ in *prin. h. t. ℣. requiritur*, ſcripſimus.

§. Vel

§. Vel ſingulis. 6.

Q. hic: *Quot liberis ſubſtituatur?* ℞. Si plures ſint impuberes, vel ſingulis, vel qui eorum morietur ultimus, ſubſtitui poteſt. Si ſingulis ſubſtitutio ſit facta, tum neminem eorum vult inteſtatum decedere. Si noviſſimo, tum pater liberos ſibi invicem ab inteſtato ſuccedere, & ultimum teſtatum mori vult. *text. hic* & *in l. 37. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.*

§. Subſtituitur. 7.

16 Q. hic: *Quot modis ſubſtitutio pupillaris fieri poſſit?* Ad quod ℞. *Imperator* duobus modis: *Nominatim*, & *generaliter.* Nominatim ita: *Titius filius meus mihi hæres eſto, & ſi hæres erit, & impubes deceſſerit, Cajus hæres eſto.* Generaliter vero ſic: *Quisquis mihi hæres erit, etiam filio meo in impubertate decedenti hæres eſto.* Sed quare traditur hic iſta diviſio? ℞ ideo quia ſubſtitutio generalis operatur quosdam effectus, quos nominatim facta ſubſtitutio non operatur.

Sed quinam ſunt illi effectus? *Imperator* hic tres enumerat. I. Eſt, quod filio in impubertate mortuo illi tantum ſuccedant, qui ſunt ſcripti hæredes, non etiam horum hæredes; ratio: quia de his teſtator non ſenſit. *Harp. n. 2.*

Dices. Hæredis hæres eſt etiam teſtatoris hæres; *l. fin. C. de hæred. inſt.* ergo hæres hæredis ſcripti etiam ſuccedit pupillo. ℞. *Aut* procedere, ubi non ſingularis erga primum hæredem affectio ſpectatur, qualis in præſenti caſu eſſe cenſetur. *Harp. n. 8. Mant. n. 6.* ubi adhuc aliter reſpondet.

II. Effectus eſt, quod ex inſtitutis hæredibus illi tantum impuberi ſuccedant, qui exiterunt patri. Quod ut planius fiat, ponamus hoc exemplum. Teſtator inſtituit *Petrum*, & *Paulum*, deinde dixit: *Quisquis mihi hæres erit, etiam filio meo in impubertate decedenti hæres eſto.* Paulus repudiat ſuam portionem, & teſtatori non vult hæres exiſtere, poſtea autem mortuo impuberi ſuccedere, forte ideo, quia impuberis hæreditas non eſt ita oneroſa, ſicut patris. Quæſtio eſt: *an poſſit impuberi ſuccedere?*

Dixeris poſſe: quia fuit hæres ſcriptus a patre. Sed contrarium ſtatuit hic *Imperator*, & in *l. 8. §. 1. ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* cujus ratio eſſe videtur: quia beneficio teſtatoris, & ejus ſubſtitutione indignus eſt, qui propriam ejus hæreditatem, & illi forte conjuncta onera negligit, & reſpuit.

Ad rationem dubitandi ℞ licet hæres ſit ſcriptus, ſi tamen vere non fiat hæres, *quod fit aditione hæreditatis*, pro non ſcripto habetur. Aliud eſt, ſi quis nominatim pupillo ſubſtitutus ſit, tunc enim eveniente caſu ſubſtitutionis hæreditatem pupilli conſequitur, etiamſi paternam repudiaverit. *l. 10. §. filio. ff. d. t. Mant. n. 11.* Quod procedit, ſi pupillus ſe hæreditati paternæ necdum immiſcuit: nam ſi pupillus ſemel ſe immiſcuit, tunc, quia utriusque hæreditas in unam coaluit, verius eſſe exiſti-

ſtimo, paternam repudiare non poſſe. *Schamb. hic. v. quæres.*

III. Effectus eſt, quod pro ea parte filio ſuccedant, qua hæredes ſcripti ſunt: quia partes adjectæ in inſtitutione cenſentur repetitæ in ſubſtitutione. Aliud eſt, ſi quis nominatim ſubſtitutus fuiſſet, tunc enim virilem, æqualemque partem habiturus eſſet, non eam, quam in inſtitutione habuit. *Harp. n. 5. Mant. n. 14.*

§. Maſculo. 8.

17 Q. hic: *Quomodo ſubſtitutio pupillaris finiatur?* R. I. Pubertate, i. e. apud maſculos XIV. apud fœminas XII. anno. *l. 14 ff. h. t.* Ratio: quia tunc ipſimet ſibi jam teſtamentum facere poſſunt. II. Emancipatione: quia, ut ſupra dictum, & mortis, & teſtamenti conditi tempore requiritur, ut ſub poteſtate is ſit, cui hæc ſubſtitutio facta eſt. III. Corruente in totum teſtamento paterno, tum enim principali ſublato, corruit & acceſſorium. IV. Si hæreditas ex *teſtamento paterno non adeatur, & inſtitutus ſit extraneus.* V. Lapſo tempore, ſi tempus ſubſtitutionis reſtrinxerit ad pauciores annos. *l. 23. ff. eod.* VI. Si ſubſtitutus moriatur ante impuberem: quia cum nihil adhuc Juris habeat, nihil tranſmittere poteſt. *l. 42. ff. de A. R. D. Schamb. hic. Schneid. n. 19. & ſeqq.*

§. Extraneo. fin.

Licet filio impuberi, quem in poteſtate quis habet, ita ſubſtituere poſſit, ut ſi hæres extiterit, & intra pubertatem deceſſerit, alius ſit hæres; attamen extraneo non licet pupillariter ſubſtituere: neque filio puberi, hæredi inſtituto, directis verbis pupillariter ſubſtituere, dicendo, v. g. *Filius meus hæres eſto, ſi hæres erit, & intra XX. annum deceſſerit, Cajus hæres eſto.* Ratio quoad extraneum: quia hæc ſubſtitutio pendet ex voluntate patria. Ratio quoad puberem: quia pubes ipſe ſibi teſtamentum facere poteſt. *Mant. n. 3.* Dixi *directis verbis*: nam per fideicommiſſum id fieri poteſt. *l. 41. §. 3. ff. eod.* quo caſu detracta Trebellianica, reliqua teſtatoris tantum, non etiam alia bona, ad *fideicommiſſarium* pervenient. *d. §. 3.*

18 Præter recenſitos ſubſtituendi modos, eſt adhuc una ſubſtitutio, quæ dicitur compendioſa, non tam forma ſubſtantiali, quam accidentali differens ab aliis, continens ſub verborum compendio diverſas ſubſtitutionum ſpecies, plura tempora, pluresque ætates, v. g. *Filius meus hæres eſto, & quandocunque deceſſerit, Mævius hæres eſto*, ubi comprehenditur vulgaris, ſi filius hæreditati ſe non immiſcuerit, & pupillaris, ſi hæres erit, & impubes deceſſerit.

TITU-

TITULUS XVII.

Quibus modis teſtamenta infirmentur.

SUMMARIA.

1. *Quando dicatur rumpi teſtamentum?* 2. *Agnatio alia naturalis, alia civilis.* 3. *Teſtamentum prius rumpitur per poſterius.* 4. *Si poſterius ſit perfectum.* 5. *Irritum fieri, quando teſtamentum dicatur?* 6. *Item quando injuſtum?* 7. *An ſola nuda voluntate teſtamentum infirmetur?* 8. *An Principem liti cauſa liceat haeredem inſtituere?*

CONNEXIO.

1 Hucusque diſpeximus, qualiter teſtamenta fiant; cum vero nihil ſub ſole tam ſtabile ſit, aut firmum, quin quandoque rumpatur, aut diſſolvatur, ideo *Imperator* nunc exponit, quibus modis teſtamenta rite facta rurſus infirmentur.

§. Rumpitur. I.

1 Infirmatur autem teſtamentum duobus modis: aut enim rumpitur, aut irritum conſtituitur. *primo hic.* Rumpi dicitur teſtamentum tunc, cum in eodem ſtatu, manente teſtatore, teſtamentum vitiatur. Quod fit, aut agnatione ſui hæredis, aut poſteriori teſtamento.

2 Agnatio autem duplex eſt: Alia *Naturalis*, alia *Civilis*. *Naturalis* eſt, quando poſt mortem teſtatoris, vel poſt abſolutum & perfectum teſtamentum, aliquis naturaliter naſcitur. *Mann. hic. n. 2.* & quin tali agnatione teſtamentum rumpatur, dubium nullum recipit *L. 1. l. 3. l. 8. ff. h. t. Schneid. hic. n. 10.* Quod ſi tamen poſthumus *in vita teſtatoris* decedat, non rumpitur teſtamentum. *l. 12. ff. h. t. Schneid. hic. n. 10.* Secus eſt, ſi poſthumus poſt mortem teſtatoris naſcatur, & illico decedat: nam in hoc caſu in illo momento, quo natus eſt, patri hæres exiſtit, & ſi moriatur, jus quæſitum ſtatim ad hæredes ab inteſtato transmittit. *Chlinſ. q. 4. h. t. § Poſthumi. 1. de exhared. liber.*

Agnatio *Civilis* illa dicitur, quando teſtator poſt factum teſtamentum acquiſivit filium legitimum, h. e ſibi arrogavit aliquem, aut adoptavit unum ex ſuis deſcendentibus, qui in poteſtatem & familiam adoptantis tranſit. Nam adoptatus ab extraneo, licet ei, i. e. adoptanti ab inteſtato ſuccedat, non tamen tenetur adoptans eum hæredem inſtituere. *l. 10. §. ſed nec. 2. C. de adopt.* Ratio eſt: quia *neceſſitatem operatur ſuitas*; atqui extraneus adoptatus non eſt ſuus: quia non tranſit in

in poteſtatem adoptantis. §. 2. *Inſt. de adopt.* ergo *Mant.* §. 5. *n.* 21. *de exhæred.*

Jam in hoc § diſponitur, quod agnatione civili haud aliter, quam agnatione ſui hæredis teſtamentum rumpatur. Ratio: quia ſuus hæres, qui ſe præteritum in teſtamento reperit, illud agnatione rumpit; atqui is, qui arrogatur, vel ab aſcendente adoptatur, ſuus hæres fit; ergo &c.

§. Poſteriore. 2.

3 II. Prius teſtamentum rumpitur per poſterius jure perfectum, & omnibus ſolennitatibus inſtructum. Ratio: quia poſteriora derogant prioribus. *L. fin. ff. de Conſt. princip.* & nemo paganus cum duobus teſtamentis decedere poteſt. *L.* 7. *ff. de R. J.* Debet autem poſterius teſtamentum rite, & legitime eſſe confectum: nam unumquodque eo modo diſſolvitur, quo colligatum eſt *l.* 35. *de R. J.* Et non præſtat impedimentum, quod de Jure non ſortitur effectum. *c. non præſtat.* 52. *de R. J. in* 6. ſed teſtamentum imperfectum de Jure non ſortitur effectum, quia nullum eſt. §. 7. *h. t.* ergo.

Limitatur I. Si id faciat miles. *l.* 36. §. *fin. ff. de teſtam. milit.* hujus enim prius teſtamentum per poſterius non rumpitur, ratio exceptionis eſt, quia militi plura teſtamenta facere, & hæredem ex parte inſtituere licet; quod pagano non permiſſum. *Harp. n.* 4.

Limitatur II. Ut per teſtamentum poſterius imperfectum, prius perfectum rumpatur, ſi in priori extranei hæredes inſtituti ſint, & in poſteriori liberi. *Auth. hoc. inter. C. de teſtam.* Ratio: quia teſtamentum parentum inter liberos in ſuo genere perfectum eſt. *Schamb. hic.*

Ad ℣. Nec intereſt.

4 Quid ſi ex ſecundo teſtamento nullus hæres extiterit, rumpeturne tamen prius? R. *Imperator* prius rumpi, ſive extiterit aliquis hæres ex ſecundo, ſive non extiterit; Ratio eſt in textu: quia hoc ſolum ſpectatur, an aliquo caſu exiſtere potuerit. deinde *aditio hæreditatis non pertinet ad perfectionem teſtamenti*, ſed tantum ad *ejus exitum & effectum Mant. hic. n.* 6. Itaque inſtitutus in ſecundo teſtamento, aut noluerit hæres eſſe, aut vivo teſtatore, aut poſt mortem ejus, antequam hæreditatem adierit, deceſſerit, aut conditio illa, ſub qua hæres inſtitutus eſt, non extiterit, prius teſtamentum tamen rumpetur, & teſtator morietur inteſtatus. *Mant. & Harp. hic.*

§. Sed etſi. 3.

At quid Juris, ſi in ſecundo teſtamento aliquis hæredem inſtituat duntaxat in certa aliqua re, puta, *in domo, in fundo Tuſculano* &c. Dixeris nihilominus rumpi teſtamentum; *text. hic. & l.* 29. *ff. ad SCt. Trebell.* idem enim eſt, ac ſi ex tota hæreditate ſcriptus eſſet. *l.* 10. *ff. de hæred. inſt.* cum nemo

mo paganus partim teſtatus, partim inteſtatus decedere poſſit. Quod adeo verum, ut licet in poſteriori teſtamento adjecta ſit clauſula: *Volo tamen, ut prius teſtamentum valeat;* prius tamen per poſterius neceſſario adhuc rumpatur. *l. 12 §. fin. ff. de inuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.*

Verum ne talis voluntas, & clauſula omni effectu deſtituatur, reſcripſerunt Divi, Servus, & Antoninus in *d. l. 29 ff. ad SCt. Trebell.* ut valeat per modum fideicomm. ac ſi teſtator dixiſſet: *Rogo autem te, ut hæreditatem reſtituas hæredi ſcripto in teſtamento primo.* Unde hæres iſte cogetur hæreditatem reſtituere hæredi in primo teſtamento ſcripto, debetque contentus eſſe rebus ſibi aſſignatis, aut ſi eæ quartam hæreditatis non efficiant, deducit quartam Trebellianicam, quæ ex fideicommiſſis detrahi ſolet, uti infra videb. *Menz. & Schamb. hic.* Hactenus de teſtamento rupto, ſeq. de irrito.

§. Alio autem. 4.

5 Irritum fieri dicitur teſtamentum per capitis diminutionem, quando ſcilicet teſtator per conditum teſtamentum patitur aliquam capitis diminutionem, non ſolum maximam, ut quando civitatem, & libertatem ſimul amittit, quia condemnatus eſt per ſententiam ad *mortem naturalem;* ſed etiam mediam, quando retenta libertate civitatem amittit, quia condemnatur ad *mortem civilem, & deportatur.* Ratio: quia res devenit ad eum ſtatum, a quo non poteſt incipere, i. e. teſtator in eum ſtatum deductus eſt, quo non poteſt facere teſtamentum. Nam ſervus, & is, qui civis non eſt, teſtari nequeunt, cum Juris Civilis communionem non habeant. *Schneid. hic. n. 7. Menz. ibid.* Minimam capitis diminutionem quod attinet, circa eam tres caſus ſunt conſiderandi; videl. *Emancipationis, adoptionis, & arrogationis.*

Emancipatione teſtamentum de bonis caſtrenſibus factum non fit irritum. *l. 6. §. ult. ff. de injuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* Ratio: quia etiam ante emancipationem reſpectu horum bonorum pro patrefam. reputabatur. *l. 2. ff. ad SCt. Maced.* Adoptione, ſive ab extraneo, ſive ab aſcendente facta, teſtamentum non fit irritum, quia ſemper de peculio caſtrenſi liberam habet teſtandi facultatem. *Schneid. hic. n. 8.*

Arrogatione ergo ſola teſtamentum fit irritum. Ratio dilucida eſt: quia dando ſe in arrogationem teſtator homo ſui Juris cum capite fortunas quoque ſuas in familiam, & domum alienam transfert, ſicque res eum in caſum devenit, a quo incipere non poteſt. *Harp. n. 5.*

Obj. Si aliquis adoptatus ſit ab aſcendente, teſtamentum de caſtenſibus factum non rumpitur, licet familiam mutaverit; ergo etiam arrogati teſtamentum de caſtrenſibus confectum non rumpetur, licet mutet familiam. *R. Neg. conſeq.* quia arrogatus non dicitur habere caſtrenſe peculium, ſed quidquid habet, habet Jure proprio,

& patrocinio proprio, quod in arrogantem transfert.

Dices: Ob furorem, ſurditatem, & prodigalitatem ſupervenientem teſtamenta facta non irritantur, quamvis in eum caſum reducantur, a quo non potuere inchoare; ergo neque propter ſupervenientem filiationem. R. in priori caſu tantum intervenire *impedimentum facti*, in poſteriori vero *Juris*. Ea autem, quæ ſunt facti, non tollunt ea, quæ ſunt Juris. *Manz. n. 14.*

§. Hoc autem 5.

6 Pro intellectu hujus §. notandum, quomodo teſtamentum *injuſtum*, *ruptum*, & *irritum* invicem diſtinguantur. Injuſtum dicitur teſtamentum, quod ab initio non valet, quia non Jure factum eſt propter omiſſas ſolennitates requiſitas. Ruptum vero proprie dicitur, quod ab initio quidem valet, ſed ex poſtfacto infirmatur, manente tamen teſtatore in eodem ſtatu. Irritum vero proprie dicitur, quod etiam ab initio valet, ſed ejus vis, ac Jus infirmatur propter mutatum teſtatoris ſtatum, & ſic per caſum in perſona teſtatoris contingentem ad nihilum reducitur. Dixi *proprie*: quia teſtamentum injuſtum etiam ſubinde irritum vocatur &c. *Schmid.* §. 4. *n.* 4.

§. Non tamen 6.

Dictum eſt, capitis diminutione teſtamentum rumpi; ſed quid, ſi capite diminutus recuperat priſtinum ſtatum, reconvaleſcetne teſtamentum? Sane de rigore Juris Civilis non reconvaleſcit, quia quod ſemel evanuit, non amplius reconvaleſcit, & *a privatione ad habitum non datur regreſſus. Manz. n.* 3. De Jure tamen Prætorio non per omnia inutilia ſunt ea teſtamenta, quæ ab initio Jure facta per capitis diminutionem ſunt irrita facta. §. *6. h. t.* Nam ſi debitis ſolennitatibus conſtent, & ſeptem ſignaculis ſignata ſint, & teſtator tempore mortis iterum civis, ſuique Juris fuerit, tunc poteſt ſcriptus hæres hæreditatem conſequi *per bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas.* Ratio hujus eſt in mera æquitate poſita, quam Prætor ſemper ob oculos habet. Ratio alia aſſignatur a *Manz. hic. n.* 4. ubi ait: quod Prætor duo tempora inquirat, nempe conditi teſtamenti, & mortis, medium autem non curet, juxta regulam: *Habitis extremis de medio non curatur. l. 6. §. 2. ff. de hæred. inſt.* Ex his ergo deduces, quod ſi civis Romanus teſtamentum fecerit, poſtea autem peregrinus factus ſit, ante mortem vero civitatem iterum recuperaverit, & civis factus fuerit: Vel ſi quis *teſtamento facto arrogandum ſe præbuit*, & poſtea ſui Juris iterum factus fuerit, quod inquam, hoc caſu teſtamentum reconvaleſcat, & quidem de Jure Prætorio. Excipiuntur tamen duo caſus, quibus etiam de Jure Civili reconvaleſcit teſtamentum.

I. Eſt, quando aliquis captus eſt ab hoſtibus, & poſtea revertatur, tunc enim propter fictionem Juris poſtliminii, quam Jus Civile introduxit, reconvaleſcit teſtamentum *ipſo Jure*, absque nova

va teſtatoris voluntate. Quod ſi autem apud hoſtes decedat, per fictionem legis Corneliæ ejus teſtamentum conſervatur, quæ fingit eo momento deceſſiſſe teſtatorem, quo captus eſt. *l. 6. §. pen. ff. de injuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.*

II. Caſus eſt, quando maximam, vel mediam capitis diminutionem paſſus, *plenarie* ex indulgentia Principis reſtituitur, tunc reconvaleſcit teſtamentum *ipſo Jure.* Ratio: quia talis reſtitutio Juris Civilis eſt, & Princeps non utitur Jure Prætorio. *d. l. 6. §. pen. Schneid. hic. n. 3. & 4.* Multum autem refert, an Jure Civili, an Prætorio teſtamentum reconvaleſcat. Quia ſi Jure Civili reconvaleſcit, hæres intra XXX. annos hæreditatem adire poteſt. *l. 8. C. de Jure delib.* Si vero *Jure Prætorio, bonorum poſſeſſio infra annum agnoſcenda eſt a liberis, ab agnatis vero, & cognatis infra* 100. *dies. l. 1. §. largius. ff. de ſucceſſ. edict.*

Q. III. *An nova voluntatis declaratio requiratur ad hoc, ut reconvaleſcat teſtamentum?* R. communiter ſub diſtinctione. Vel enim mutatio ſtatus erat voluntaria, veluti quando condito teſtamento ſe arrogandum dedit: vel neceſſaria, veluti quando paſſus eſt maximam, vel mediam capitis diminutionem. Si prius, novam declarationem, vel in codicillis, vel aliis literis coram V. teſtibus factam requirunt. Si poſterius, ipſo Jure reconvaleſcit teſtamentum ſine nova voluntate. Ratio *differentiæ*: quia quando invitus quis mutat ſtatum, non videtur ſic mutare voluntatem, ſicuti ſi volens ſtatum mutat. *Perez. Inſt. hic. Schneid. n. 4. hic.*

Hactenus dicta procedunt de teſtamento ſcripto, non vero nuncupativo, in quo hæc confirmatio locum non habet, cum careat ſolennitate Juris Prætorii. *Perez. Inſt. hic. Schneid. n. 4. hic.*

§. Ex eo. 7.

7 Inquit hic *Imperator*, teſtamentum Jure factum, neque nuda teſtatoris voluntate, ut ſi dicat: *nolo teſtamentum meum valere*: neque imperfecto poſteriori teſtamento infirmari. *text. hic. & l. 2. ff. de injuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* Ratio: quia nuda & ſola voluntate non conficitur teſtamentum, ergo nec tolli poterit nuda voluntate; naturale enim eſt, unumquodque eo modo diſſolvi, quo colligatum eſt. *l. 35. ff. de R. J.* Ratio autem, cur teſtamentum prius Jure factum, non infirmetur poſteriore, eſt: quia non præſtat impedimentum, quod de Jure non ſortitur effectum. *c. non præſtat. de R. J. in 6.* & nihil actum videtur, dum aliquid ex his, quæ ad actus ſubſtantiam pertinent, agendum ſupereſt *l. 11. ff. C. de his, quib. ut indig. Manz. n. 5. hic.*

Quod ſi voluntati etiam ſimplici accedat aliquod factum, puta, quia teſtator *delet, emendat, cancellat,* vel *ſigilla revellit*, tunc teſtamentum infirmatur, cum in his naturaliter teſtamentum ſcriptum conſtat. *l. 30. C. de teſtam.* Idem eſt, ſi teſtator coram tribus teſtibus dixerit, ſe nolle prius teſtamentum valere, antequam decennium lapſum ſit,

tunc nuda hac contraria voluntate infirmatur teſtamentum. *l. 27. C. de teſtam. Menz. n. 9. & Schamb. hic.*

§. Eadem ratione. fin.

Pro facilitando hujus §. intellectu, obſerva I. inter homines frequenter fieri, ut is, qui ſibi ab altero in re aliqua litem timet, aut controverſiam, eam data opera diſtrahat in potentiorem, ut nimirum cauſam adverſarii duriorem redderet; quod ipſum, cum Prætori, qui ſemper æquitatem habet ob oculos, iniquum videretur, ideo edicto propoſito vetuit, ne quis judicii mutandi cauſa alienationem faceret. *l. 3. & tot. tit. ff. de alien. jud. mutand. cauſa.*

Obſerva II. Quod hoc edicto Prætoris non obſtante, potuerit aliquis in re litigioſa hæredem inſtituere, vel eam alteri legare. *l. 1. §. 1. ff. eod.* Sed jam

Q. *An liceat Principem litis cauſa hæredem inſtituere?* R. quod non: Imperator enim Pertinax conſtituit, per ſe non admiſſurum hæreditatem ejus, qui litis cauſa Principem reliquit hæredem. *text. hic.* Hæc enim conſtitutio non videtur eſſe extra perfidiam.

Sed quid Juris, ſi Principi in teſtamento minus ſolenni, imperfecto, hæreditas, legatum, aut fideicommiſſum relictum ſit? R. neque debere hæreditatem, neque legatum, neque fideicommiſſum. *text. hic. in l. 23. ff. de leg. 3.* juncta *l. 3. C. de teſtam.* tametſi enim Princeps ſolutus ſit, *legibus* tamen dicit *ſe vivere.*

TITULUS XVIII.

De Inofficioſo Teſtamento.

SUMMARIA.

1. *Quid ſit querela inofficioſi?* 2. *Quibus competat?* 3. *Fratribus non competit, niſi turpis perſona inſtituta ſit* 4. *Arrogato an, & quando querela competat?* 5. *Item quando naturalibus tantum?* 6. *Qui legatum ex teſtamento accipit, querelam perdit.* 7. *Limitatur in tutore.* 8. *Secus in advocato.* 9. *Legitima hodie titulo inſtitutionis relinquenda.* 10. *Niſi ſit legitima fratrum.* 11. *Definitur legitima.* 12. *Quanta ſit legitima?* 13. *Quibus debeatur?* 14. *Naturalibus tantum liberis a patre non debetur.* 15. *Secus a matre.* 16. *An Jure naturæ debeatur?* 17. *An ſtatuto, aut conſuetudine tolli poſſit?* 18. *Legitima eſt quota bonorum.* 19 *Diluuntur objectiones.* 20. *Legitima an gravari poſſit?* 21. *An in ea fieri poſſit ſubſtitutio?* 22. *Quo titulo relinqui debeat?* 23. *Ex quibus bonis debeatur?* 24. *An*

An in pecunia numerata recte aſſignetur? 25. *Legitima non debetur, niſi poſt mortem.* 26. *Quæ imputentur in legitimam?*

TRANSITIO.

Viſo, qualiter ipſo Jure rite facta infirmentur, ſequitur, qualiter per ſententiam, & officium Judicis, mediante querela inofficioſi, reſcindantur.

Ad princip.

Quandoquidem frequenter uſuvenit, ut parentes novercalibus delinimentis, & inſtigationibus permoti liberos ſuos *injuſte exhæredent*, *aut prætereant*, quod *verbum de præteritione materna intellige*, quæ tantum facit, quantum exhæredatio patris, *ut dictum §. fin. de exhæred. liberorum*; ideo apprime neceſſarium fuit, remedio aliquo Juris liberos injuria affectos
1 munire. *l. 2. & 4. ff. de inoff. teſtam.* Quod remedium vocatur *querela inofficioſi teſtamenti*, quaſi contra officium paternum facti, & communiter deſcribitur defuncti accuſator, quaſi a non ſanæ mentis teſtatore contra officium pietatis factum: & petitur, ut teſtamento reſciſſo hæreditas ſcripto hæredi auferatur, & adjudicetur actori, tanquam proximo hæredi ab inteſtato. *Perez. Inſt. hic.*

§. Non autem. 1.

2 Q. in hoc §. *quibus querela inofficioſi teſtamenti competat?* & R. eam competere non tantum liberis contra teſtamenta parentum, verum etiam vice verſa parentibus contra teſtamenta liberorum, cum iis non minus pie, turbato mortalitatis ordine, bona liberorum debeantur, quam liberis parentum, ut ſcilicet habeant aliquod ſuæ orbitatis ſolatium. *l. 15. ff. h. t.* De Jure Auſtriaco, ſive liberi parentes ſuos ſilentio præterierint, ſive injuſte exhæredaverint, hi nullum contra liberorum teſtamentum habent remedium, cum nec legitima Jure Auſtriaco parentibus debeatur. *Finſterwald. l. 2. obſ. 119. per tot. Sutting. in manuſcript. tit. 8. ℣.* Erbſchafft in aufſteigender Linea. *Walter de Jure conſuetud. lib. 3. tit. 4.* Quod ipſum, an in principia naturalia non impingat, alibi excutiemus.

Ad ℣. Soror.

3 II. Competit etiam querela inofficioſi teſtamenti fratribus, & ſororibus. Intellige *conſanguineis*, & *germanis*, non vero uterinis. *l. 27. C. h. t.* Quod procedit, ſi turpis perſona ſit inſtituta, & nulla ingratitudinis, vel turpitudinis cauſa poſſit fratri imputari. Concordat *Sutting. in manuſcript. tit. 7. ℣.* teſtamentorum, illis verbis: Keiner iſt ſeine Brüder, oder Schweſtern zu inſtituiren ſchuldig, modo non turpem perſonam inſtituat.

Dico autem I. *Fratribus, & ſororibus.* Excluduntur proinde ulteriores,

ut

ut fratrum filii, nam hi teſtamentum patrui querelare non poſſunt. *l. fratris.* 21. *C. h. t.* Dixi II. *Si turpis perſona ſit inſtituta*, quales ſunt, *mimi*, *arenarii*, *meretrices*, *ſcorta*, *excoriatores equorum*, *luſores*, &c. *Manz. n.* 14. Dixi III. *Et nulla ingratitudinis cauſa, &c.* ſunt enim tres cauſæ, ob quas etiam licet *exhæredare fratrem turpi perſona inſtituta*. quas ſupra *tit.* 13. enumeravimus.

Ad verſ. Ultra.

Reliqui collaterales, ut jam dixi, hanc querelam non habent, melius proinde faciunt, ſi ſe ſumptibus inanibus non vexent, cum obtinendæ victoriæ ſpem nullam habeant. *l.* 1. *ff. h. t.* Ratio: quia hæc querela aliquo modo odioſa eſt, accuſans teſtatorem quaſi dementiæ, ac proinde non extendenda. *Manz. n.* 20. *hic.*

§. Jam autem, 2.

Q. in hoc §. *Quibus liberis detur querela inofficioſi?* ad hoc R. *Imperator*, quod non tantum liberis detur ex juſtis nuptiis procreatis, ſed etiam adoptivis, puta iis, qui ab aſcendente adoptati ſunt, & in poteſtatem adoptantis tranſeunt. *Manz. hic.*

4 Q. An arrogato querela inofficioſi competat, ſi ſine juſta cauſa exhæredatus ſit? R. ſi *impubes ſit*, *negative*, quia hic ex conſtitutione D. Pii quartam bonorum habet § 3. *de adopt. l.* 8. §. 15. *ff. h. t. Si pubes ſit*, *affirmative*; cum huic aliud remedium non competat. *Schamb. hic.*

Naturalibus liberis tantum contra teſtamentum patris querela non datur, bene vero contra teſtamentum matris. *l.* 29. §. 1. *ff. h. t.* Ratio: quia mater certa eſt. *Manz. n.* 5. *hic.* poſthumis dari querelam, *textus* quidem hic aſſerit, ſed ipſum non eſt extra dubii aleam, cum de Jure novo, ſi fuerint prætenti, rumpant teſtamentum; ſi vero exhæredati, Jus dicendi nullum habeant. De quo alibi. 5

Ad verſ. Si nullo.

Querela inofficioſi tunc tantum competit, quando nullo alio Jure ad defuncti bona perveniri poteſt. Hinc, qui aliquo alio Jure ad Jura defuncti pervenire poteſt, a querela excluditur, *habito enim remedio ordinario, ad extraordinarium recurrendum non eſt. l.* 161 *ff. de minor.* ſic filius præteritus a patre querelam non habet, cum per Jus dicendi nullum ei conſultum ſit. *Schamb. hic.*

§. Sed hæc ita. 3.

Pro intellectu hujus §. obſerva, de Jure antiquo querelam inofficioſi ſemper locum habuiſſe, ſi filius non habuerit totam, & integram legitimam ex teſtamento relictam. Verum *Imperator* Jus vetus exulare juſſit, atque ſtatuit, quod

quod in caſu, quo filio integra legitima relicta non eſt, ceſſante querela inofficioſi ad ſupplementum agere debeat, per actionem, quæ vocatur *condictio ex lege. text. in l. 30. C. h. t.* Concordat *Sutting. loc. cit. v. legitime.* Die Kinder können das Väterliche Teſtament ob non integram legitimam relictam nicht umſtoſſen, ſondern allein ad ſupplementum agiren.

§. Si tutor. 4.

Indubitati Juris eſt, eum, qui teſtamento, in quo præteritus (intellige præteritionem maternam) vel exhæredatus eſt, legatum accepit, aut quoquo modo, ſive facto, ſive dicto judicium defuncti agnovit, & comprobavit, ad querelam inofficioſi teſtamenti amplius aſpirare non poſſe. *text. in l. 10. l. 12. ff. h. t.* juncta. *l. 9.* §. 10. *& l. 23.* §. *pen. ff. eod.* Ratio eſt: quia quod quis ſemel approbavit, amplius reprobare non poteſt. *Harp. hic. n. 1.* Hoc ſuppoſito, pro captu hujus §. ponitur talis caſus: Cornelius fecit teſtamentum, & legavit Titio pupillo 100. fl. filium autem ſuum, qui tutor erat Titii, omnino exhæredavit, appoſita quidem ingratitudinis cauſa, ſed non probata. Filius tutor Titii ſui pupilli nomine ex teſtamento patris legatum accepit.

Quæſtio oritur: *Num poſſit deinde adhuc ſuo nomine teſtamentum querelare?* Ratio dubitandi ex dictis conſurgit: quia, qui patris voluntatem ſemel approbavit, eam poſtea per querelam inofficioſi evertere incaſſum laborat.

7 Sed, hoc non obſtante, ſancit *Imperator* in noſtro §. quod de inofficioſo adhuc agere poſſit, ratio: quia non agnovit ſuo nomine, ſed alieno, & nomine tutorio, neque ſibi legatum accepit, ſed pupillo, idque ex neceſſitate officii, quod utique ipſi damnoſum eſſe non debet. *Manz. n. 5.*

8 *Dices*: Si Advocatus nomine tertii, i. e. alieno nomine, legatum petit, non poteſt ex poſtfacto contra illud teſtamentum querelare per apert. *text. l. fin. ff. h. t.* ergo neque tutor. *R. Neg. conſeq.* differentiæ ratio eſt: quod advocatus obligatus non ſit ex neceſſitate officii agere, ſicut tutor obligatus eſt. Leges autem magis favent iis, qui coacti munus ſubeunt, quam qui ſponte. *l. 7.* §. 1. *ff. qui ſatisdar. cog.* Hinc ſi & Advocatus juſſu Magiſtratus patrocinium præſtiterit, adhuc querelare poterit. *l. 1.* §. *Advocatum. ff. de his, quæ ut indig. Schamb. hic. Manz. n. 6. Harp. n. 6.*

§, Sed ſi. 5.

Caſum præced. §. *Imperator hic* invertit. Illo enim ſuperiori §. tutor erat filius exhæredatus, & pupillus erat legatarius. Hoc §. pupillus eſt filius exhæredatus, & tutor eſt legatarius. Proinde Q. quid ſi Titii pupilli pater fecerit teſtamentum, & Titium exhæredaverit, Sempronio autem tutori ſcripto aliquid legaverit, deinde vero Sempronius tutor pupilli ſui nomine de inofficioſo egerit, & ſuccubuerit, poteſtne tamen tutor Sem-

pronius legatum ſibi in eodem teſtamento relictum petere? Ratio dubitandi: quia qui ſemel teſtamentum accuſavit quaſi inofficioſum, ſicque judicium defuncti impugnavit, nec obtinuit, perdit legatum, & fideicommiſſum in illo relictum, idque quaſi indigno ablatum vindicatur fiſco. *l.* 8. §. 14. *ff. h. t.* At hac dubitandi ratione non obſtante decidit *Imperator hic*, quod legatum non amittat, ratio: quia officii neceſſitas, & tutoris induſtria excuſata eſſe debet. *l.* 22. *ff. de his, quæ ut indig. Harp. hic.* Hodie etiam in caſu, quo tutor obtinuit pro pupillo, legatum conſequitur, reſcinditur enim hodie ſola inſtitutio, cætera namque firma manent. *Auth. ex Cauſa. C. de lib. prater.*

§. Igitur. fin.

9 Olim de Jure antiquo legitima potuit relinqui quocunque titulo, ſive Jure inſtitutionis hæreditario, ſive nomine legati, vel fideicommiſſi, vel ex donatione mortis cauſa *text. hic.* Verum hodie de Jure noviſſimo non ſufficit filium habere legitimam quocunque titulo, v. g. *donationis, legati, &c.* ſed debet eam habere Jure inſtitutionis. *Nov.* 115. *c.* 3. quia titulus inſtitutionis eſt honorabilior titulo legati, vel donati. *l.* 5. §. *ſed. etſi portio. ff. de legat. præſtand.* Item multo quoque utilior eſt, propter Jus accreſcendi; nam ſi filius fuerit inſtitutus, & acceperit aliquem cohæredem, ſi cohæres hæreditatem *repudiat, hæc accreſcet filio*; quod ſecus foret, ſi titulo ſingulari, legati ſcilicet, vel fideicommiſſi legitimam haberet. *Harp. n.* 5. *hic. & Schneid. n.* 4.

Obj. Nov. 18. *c.* 1. ubi in hæc verba reſcribitur: *Sive quis inſtitutionis modo, ſive legati, ſive fideicommiſſi legitimam liberis reliquerit, non tamen evertit teſtamentum.* ℞. hanc *Nov.* per alteram *Nov.* 115. *c.* 3. correctam eſſe. Prior enim promulgata eſt anno a partu Redemptoris 536. poſterior vero anno 541. *Menoch. tract. de teſtam. tit.* 12. *q.* 13. *n.* 2. De Jure Auſtriaco quid hac in re obtineat, paulo poſt in fine bujus *tit.* audiemus.

Limitantur dicta in legitima fratrum, 10 & ſororum, quæ quoquo modo, & titulo recte relinquitur. Ratio quia in *Nov.* 115. tantum de legitima *liberorum & parentum correctio habetur, non etiam de legitima fratrum.* Correctiones autem utpote odioſæ non facile ſunt extendendæ. *Glettle ſelect. quæſt. p.* 2. *q.* 10. *n.* 36.

Ad verſ. Quod autem.

Illud ex hoc ℣. collige, quod una duntaxat quarta (hodie, quia legitima aucta eſt, unus triens, vel ſemis) relinqui debeat, ſive unus fuerit, ſive plures, quibus de inofficioſo agere permittitur.

Verum hæc ipſa de legitima materia gradum hic ſiſtere, ac prolixiori in ejus explicationem calamo excurrere jubet, tum quod a ſcientia videatur neceſſaria, tum quod ab utilitate nulli ſit poſtrema. Itaque concinne dicens: 11

quod

quod legitima ſit determinata legibus portio portionis ab inteſtato debita, ſive ejus, quod quis jure legitimæ ſucceſſionis ab inteſtato habiturus eſſet, *l. 8. l. 31. C. h. t. l. 8. §. 6. ff. eod. Berlich. concluſ. 11. part. 3. n. 1.* Dicitur *ab inteſtato debita*: quia legitima menſuratur juxta ſucceſſionem ab inteſtato, ita ut ſi quis ſuccedat ab inteſtato in univerſam hæreditatem, legitima ſit triens, vel ſemis, ſecundum quantitatem & multitudinem liberorum totius hæreditatis; ſi vero quis ex ſtatuto, vel lege municipali ab inteſtato tantum in medietatem hæreditatis ſuccederet, tunc legitima tantum eſt triens, ſive tertia pars illius mediæ hæreditatis. *Menoch. tract. de teſtam. tit. 12. q. 3. n. 8. Card. Tuſch. lit. L. concluſ. 183. n. 38.* ubi infert, fœminas ex ſtatuto a ſucceſſione ab inteſtato excluſas, etiam a legitima removeri.

Oppones: De Jure Auſtriaco filiæ provinciales patri ſuo ab inteſtato non ſuccedunt, niſi in mille; de qua portione ſi legitima aſſignanda foret, utique modica nimis futura eſſet legitima? R. iſta mille filiabus nomine legitimæ aſſignari, ex legitima autem non conſtitui iterum legitimam, adeoque regulam memoratam procedere de ſucceſſione in partem hæreditatis, quæ major eſt legitima.

Quanta ſit legitima?

12 Hic Jus vetus ſecernendum eſt a Jure novo. Jure veteri quantitas legitimæ erat quadrans, ſive quarta pars hæreditatis. *d. l. 8. §. 6. & 8. ff. h. t. & l. 2. C. eod.*

Jure novo aucta eſt legitima, ac refert, adſintne quatuor liberi, aut pauciores, an plures, quam quatuor, illis debetur triens, ſive tertia pars hæreditatis. His ſemis, ſive media pars hæreditatis. *Nov. 18. c. 1* Quantitas legitimæ his verſiculis comprehenditur.

Quatuor, aut infra dent natis Jura trientem.
Semiſſem vero dant natis quinque, vel ultra.
Arbitrium ſequitur ſubſtantia cætera patris.

Porro an liberi, qui parentibus non ſuccedunt, in numero liberorum ſint cenſendi ad augendam, vel minuendam portionem legitimæ eorum, qui ſuccedunt, non hujus loci eſſe duxi, ne nimium excurram. *Vide Berlich. p. 3. concluſ. 12. Fach. lib. 4. contr. 31. Zoeſ. ff. h. t. n. 87. Menoch. tit. 12. q. 4. n. 4. Gail. lib. 2. obſ. 122. n. 18. Gomez. var. reſol. tom. 1. c. 11. n. 22. Card. Tuſch. lit. L. concluſ. 208. n. 67. Glettle ſelect. quæſt. 10. p. 2. n. 10.*

Quibus debeatur legitima?

13 Legitima debetur liberis. *l. 7. ff. de bon. damn.* Naturalis enim ratio liberis parentum hæreditatem adjicit, & filius dicitur quaſi creditor in legitima. *l. filium. C. famil. herciſ.*

Ampliatur, ut procedat tam in maſculis, quam in fœminis; quia ſublata eſt omnis in ſucceſſione ſexus differentia. *l. 4. C. de lib. præt.* ſive conſti-

turi ſint in patria poteſtate, ſive emancipati. *l.* 15. *C. de legit. hæred.* ſive naturales, & legitimi ſimul, ſive legitimi tantum. *l.* 22. *ff. de adopt.* Quod tamen procedit ſecundum diſtinctionem in *lib.* 1. *tit.* 11. *de adopt.* datam: *utrum videlicet ab aſcendente, an ab extraneo adoptatus quis ſit?* Imo & ingreſſis monaſterium bonorum capax legitima debetur. *l.* 56. §. 1. *C. de Ep. & Clericis.*

14 Sane naturalibus liberis tantum pater legitimam relinquere non tenetur. *Auth. licet. C. de natur. lib. Nov.* 89. *c.* 12. *&* 15. & licet, vel filiabus naturalibus ex hæreditate patruum certa portio ab *inteſtato* debeatur; *d. auth. licet. C. de Nat. lib.* & *Nov.* 89. *c.* 12. *&* 15. attamen ſi pater eos teſtamento præterierit, petere nihil poſſunt *Berlich. concluſ.* 11. *p.* 3. *n.* 6. *Hunn. ad Treutl. vol.* 1. *diſp.* 13. *th.* 14. A majoritate rationis legitima non debetur liberis, *ex damnato coitu natis*; puta *adulterinis*, *nefariis*, *ſacrilegis*, *&c.* Ratio eſt (quam ipſam *rationem pro regula*, & *principio* capias velim) quia legitimam metimur in cauſa teſtati ſecundum cauſam inteſtati; qui ergo ab inteſtato non ſuccedit, illi neque debetur legitima *Manz. loc. cit. tit.* 12. *q.* 1. *n.* 24. & qui a ſucceſſione excluditur, a petitione quoque legitimæ repellitur; *Fach. lib.* 7. *c.* 46. *in fine Berlich. loc. cit. n.* 20. atqui liberi ex damnato coitu ſuſcepti ab inteſtato nec patri, nec matri ſuccedunt. *Nov.* 89. *c. ult. & auth. ex complexu C. de inteſt. & inut. nupt. Harp. Inſt. de ſucceſſ. ab inteſt. n.* 346. Imo nec in teſtamento hæredes inſtitui, nec iis aliquid legari poteſt. *Manz. tract. de teſtam. tit* 6. *n.* 82. *Walter de Jure conſuet. Auſt. lib.* 3. *tit.* 16. ✠.3 Zum andern, ergo iis neque a patre, neque a matre debetur legitima. Sed

An idem ratione matris in liberis 15 naturalibus, & ſpuriis procedat? ℞. *negative.* Mater enim tenetur liberis naturalibus, & ſpuriis legitimam relinquere, nec poteſt illos ſine juſta cauſa præterire, aut exhæredare. Ratio: quia iſti matri ab inteſtato ſuccedunt; *l.* 2. *l.* 4. *l.* 8. *ff. unde cognati* § *noviſſime. Inſt. de S.C. Orf.* ergo ipſis debetur legitima. *Berlich. n.* 7. unde cum ſpurii matri illuſtri, extantibus aliis juſtis liberis, non ſuccedant, ideo nec iis a matre legitima debetur. *Merlin. tract. de legit. lib.* 1. *tit* 2. *q.* 4. Nepotibus ab avo tum demum legitima debetur, ſi pater eorum prius, quam avus deceſſerit, & hoc in caſu æqualeuntur avo, h. e. fiunt ſui hæredes, adeoque illam portionem, quam pater accepiſſet, avus iisdem relinquat, neceſſe eſt. *Merlin. d. loc. q.* 10. Sed quid Juris, ſi pater nepotum ab avo fuerit exhæredatus, debeturne legitima nepotibus? ℞. *ſub diſtinctione*: vel pater nepotum decedit ante teſtatorem, vel poſt teſtatorem. Si prius: tunc nepotes per agnationem rumpunt teſtamentum, & ſic res reducitur ad cauſam inteſtati, atque adeo cum ab inteſtato nepotes ſuccedant, ideo debetur ipſis legitima, ex regula paulo ante tradita. Si poſterius legitima iis non debetur, quia ab inteſtato non poſſunt avo ſuccedere, pater enim ipſos præcedit. *Manz. tract. de teſtam. tit.* 8. *q.* 2. *limit.* 7. *n.* 420. *Gomez var. reſol. tom.* 1. *c.* 11. *n.* 21.

Quo

Quo Jure debeatur legitima?

16 Communem DD. calculum tulit ſententia, quæ in hunc modum diſtinguit: Vel enim per legitimam deſignatur Jus petendi neceſſaria alimenta, vel determinata legibus portio. Si prius, legitima meriſſima eſt creatura Juris naturalis. *l. 7. ff. de bon. damnat. l. 7. §. ff. unde liberi. Nov.* 1 §. 2. in quibus locis diſerte traditur, quod ipſa ratio naturalis, velut lex quædam tacita, parentum hæreditatem addicat liberis: quod parentum hæreditas debeatur liberis ſecundum naturæ, & parentum commune votum; quod denique ſecundum ipſam naturam liberi Jus habeant ad legitimam. Et ut brevis ſim, alimenta Jure naturæ liberis deberi, aperte ſancit *l. 1. §. 3. ff. de J. & J.* atqui legitima eſt ſubrogata in locum alimentorum; *Nov.* 18 ergo legitima debetur Jure naturali, quatenus alimenta ſapit.

27 Si vero per legitimam deſignetur determinata legibus portio, fundamentum ſuum habet in Jure poſitivo. *l. 12. C. de legit. hæred. Nov.* 18. *c.* 1. *l. 36. §. 1. C. de inoff. teſtam.* Ubi Juſtinianus expreſſe teſtatur, portionem hanc, querelam inofficioſi excludentem, leges, ſuamque conſtitutionem definiviſſe, licet ergo naturalis ratio, & æquitas ſuadeat, jubeatque liberis aliquid derelinquere, quantum tamen, quo modo, qua forma relinqui debeat, lex civilis definivit. Vide *Menoch. de teſtam tit.* 12. *q.* 11. *Fach. lib.* 4. *c.* 32. *Hunn. ad Treutl. vol.* 1. *diſp.* 13. *th.* 11. *q.* 27. *Glettle. p.* 2. *q.* 10. *n.* 27. *Mynſing. cent.* 6. *obſ.* 44. *Fünfterwald. lib.* 2. *obſ.* 119.

Ex dictis colliges: legitimam ſtatuto, aut conſuetudine in totum tolli non poſſe. Ratio eſt: quoniam de Jure naturæ, puta, quoad alimenta debetur, ſtatutum autem, vel conſuetudo, quæ repugnat Juri naturali, utpote irrationalis, non valet, & Jura naturalia Jure Civili tolli non poſſunt. §. 11. *Inſt. de J. N. G. & C.*

Dices: Per exhæredationem filius in totum excluditur a legitima, & filius ejus, *qui reus eſt criminis perduellionatus, ab univerſa patris hæreditate removetur: l. 5. C. ad leg. Jul. Majeſt.* ergo legitima a Jure Civili per ſtatutum, aut conſuetudinem in totum tolli poteſt. R. permultos eſſe, qui abſolute negent antecedens, atque conſtanter aſſerant, filio exhæredato, & liberis, quorum pater reus eſt criminis perduellionis, ſaltem alimenta deberi, ne necari videatur, cui alimenta negantur, contra *l. 4. ff. de lib. agnoſcend.* Deinde *tranſeat antecedens*, ea tamen propter non indiſtincte aſſerendum, legitimam ſtatuto, aut conſuetudine in totum abrogari poſſe; quia hoc tum demum procedit, ſi major ratio naturalis concurrat, puta, ne delicta Reipubl nociva, impunita relinquantur, contra *l. 51. §. æſtimatio. ff. ad leg. Aquil. & l. 95. §. 1. ff. de ſolut* Denique non mirum, filium exhæredatum & alimentis privari, cum ingratitudo debitum naturæ tollat. *Nov.* 22. *c.* 27. dicaturque a Sancto Bernardo, *ventus urens, ſiccans fontem miſericordiæ, rorem pietatis, & fructum gratiæ. Panormit. in c. fin.* ✠. *de donat.*

Qualis ſit legitima?

18 Duo veniant hic in diſceptationem. Unum eſt, *an legitima ſit pars bonorum, an hæreditatis?* Alterum, *an recipiat gravamen, nec ne?* Utrumque ex aſſe diſcutere longum foret, & integro Tractatu opus eſſet, quod non patitur noſtri inſtituti ratio; ne tamen noſtram mentem penitus inapertam relinquamus, R. legitimam eſſe quotam bonorum, non hæreditatis. Ita *Gail lib. 2. obſ. 119 & 120. Manz. tract. de teſtam. tit. 13. q. 62. n. 5. Berlich. p. 3. concl. 11. n. 3. Menoch. lib. 4. præſumpt. 101. n.* 59. & innumeri alii, ab his allegati. Ratio I. quia legitima deducitur deducto ære alieno, & impenſa funeris; *l. 8. §. 9. ff. de inoffic. teſtam* atqui illa, quæ deducto ære alieno remanent, dicuntur bona *l. 39. §. 1. ff. de V. S.* ergo legitima eſt quota bonorum.

Ratio II. Qua legitima debet relinqui libera, & ſine omni gravamine. *l. quoniam. 32. C. de inoffic. teſtam.* ergo legitima non eſt pars hæreditatis: hanc enim qui capit, multis oneribus involvitur, nec non commoda ſuſcipit, & incommoda.

19 *Dices*: legitima titulo inſtitutionis relinquenda eſt; *Nov. 115. c. 3.* ergo eſt pars hæreditatis; inſtitutio enim tribuit denominationem hæredis, qualem dicere non poſſis, niſi quotam hæreditatis habeat. R. I. quod filius in caſu, quo a patre in re ſingulari, quæ quantitatem legitimæ adæquat, etiam legitimam titulo inſtitutionis accipiat, & tamen non dicitur habere partem hæreditatis, quia omnia onera hæreditaria ſolus cohæres ſuſtinet, & filius eſt inſtar legatarii; *l. 13. de hæred. inſt.* ergo licet legitima titulo inſtitutionis relinqui debeat, non tamen exinde ſequitur, legitimam eſſe quotam hæreditatis. R. II Filium in legitima inſtitutum pro hærede habendum eſſe in iis duntaxat, quæ ipſi ſunt utilia, utinam, ut Jure accreſcendi gaudeat, & titulo hæredis, qui eſt honorabilior, quam titulus legati, inſigniatur: non vero in iis, quæ ipſi ſunt præjudicioſa, puta, ut oneribus hæreditariis ſubjiciatur, ne alias id, quod in ejus favorem eſt introductum, puta, ut legitima titulo inſtitutionis relinquatur, in ejuſdem odium retorqueatur.

Inſtabis. Nihil intereſt, ſive *legitimam*, partem hæreditatis, ſive bonorum appelles; ergo de lana caprina diſceptatur: *Antecedens demonſtratur in exemplo.* Pater habet in bonis 1200. fl. & unicum filium, cujus legitima eſt triens, ſeu 400. fl. Jam fac, adeſſe debita 600. fl. ſive modo prius deducatur æs alienum, ſive non deducatur, in effectu idem eſt; nam ſi deducatur, & legitima de bonis, qualia dicuntur, quæ ære alieno deducto ſuperſunt, detrahatur, tunc remanent 600 fl. de quibus filius nomine legitimæ deducit 200 fl & ſic habet partem bonorum; ſi vero æs alienum non deducatur, tunc filius nomine legitimæ recipit 400. fl. & onera pro rata legitimæ ſuſtinet; adeoque ſive habeat partem hæreditatis, ſive quotam bonorum, in effectu idem eſt. R. Tametſi quoad quantitatem legitimæ parum referat, num prius æs alienum deducatur, nec ne,

&

&ſic, ſive partem bonorum, ſive hæreditatis habeat: nihilominus tamen ratione aliorum onerum magis expedit, quotam bonorum habere, quam hæreditatis; hanc enim qui habet, incrementa, & decrementa recipit, commoda, & incommoda ſuſtinet, atque ita omnibus creditoribus tenetur reſpondere, nec non omnes actiones hæreditarias *active & paſſive* ſuſcipere. Qui vero quotam bonorum habet, inſtar legatarii eſt, adeoque nulla ſentit onera. *l. 13. C. de hæred. inſt.*

An legitima gravamen recipiat?

20 Iſta quæſtio perſpicue deciſa eſt in *l. quoniam. 32. C. de inoff. teſtam.* ubi expreſſis terminis ſancitur, quod legitima gravari nequeat, adeoque ei nullum penitus onus conditionis, modi, dilationis, moræ, vel alterius gravaminis apponi poſſit, & ſi quod adjectum fuerit, rejiciatur ipſo Jure, & non appoſitum, adjectumve cenſeatur. *d. l. 32.* Ratio: quoniam legitima ex providentia legis, non judicio teſtatoris debetur, & ideo, quem teſtator non honoravit, non poteſt onerare, vel gravare. *l. 22. §. 1. ff. de adopt. Gail. lib. 2. obſ. 19. n. 1.*

Dixi *ipſo Jure:* de Jure enim antiquo is, cui legitima cum gravamine relicta fuit, de inofficioſo agere, atque ita teſtamentum evertere potuit. Hodie vero de Jure novo gravamen legitimæ adjectum, qualecunque illud ſit, ipſo Jure tollitur, & rejicitur, ac ſi non fuiſſet appoſitum. *Gail. d. lo. n. 3. Gomez. var. reſol. vol. 1. c. 11. n. 24. Berlich. p. 3. concluſ. 14. n. 5. Manz. loc. cit. tit. 12. q. 44. n. 9.* Concord. Walter de Jure conſuet. Auſtr. *lib. 3. tit. 20.* Die natürliche Erb-Gebührnuß, und Legitima ſoll denen Kindern ohne aller Beſchwernuß verlaſſen werden; da nun das Eigenthum einem Kind, deſſelben Nutzbarkeit aber eine Zeit lang einem anderen durch den Vattern verſchaffet wird, kunte ſolche Beſchwer, welche der Legitimæ der Zeit halb obliget, nicht geſchehen, ſondern ſolle als ein beſchwerlicher Anhang, allerdings für tod gehalten werden; Doch wann ein Vatter die Frucht-Genieſſung ſeiner lieben Hauß-Frauen, bis auf der Kinder Vogtbarkeit verſchuffe, ſo können ſich die Kinder deſſen dem Lands-Brauch nach nicht beſchweren, ſonderlich wann der Mutter darum auferleget worden, die Kinder bis auf ihre Vogtbarkeit, ohne Entgeld ihres Vätterlichen Guths, zu erziehen. Wann aber die Frucht-Genieſſung über der Kinder Unvogtbarkeit der Ehe-Frau ihr Leben lang verſchaffet wurde, ſo hätte dieſelbe Genieſſung nach erreichter Vogtbarkeit nicht ſtatt.

Dubitatur: *An in legitima poſſit fieri ſubſtitutio?* R. I. Quoad ſubſtitutionem pupillarem rem expeditam eſſe, hanc enim in legitima recte fieri, aperte ſancit *l. 8. §. 7. ff. de inoff. teſtam.* & *l. 26. C. eod.* his verbis: *Ex tribus unciis hærede inſtituto filio, intra pubertatis annos directam non inutiliter a patre fieri ſubſtitutionem, certum eſt. Merlin. tract. de legit. lib. 3. tit. 2. q. 13. Gail. lib. 2. obſ. 119. n. 4. Manz. tit. 12. q. 45. n. 1.* 21

n. 1 *&* 2. *Concord. Walter. loc. cit.* Wann aber ſolche Subſtitution allein dahin geſtellet, wo das Kind in ſeinem unvollkommenen Alter, und ehe es Teſtament-fähig, mit Tod abgienge, ſo ſolle dieſer Vätterliche wohlmeinende Will beſtehen.

R. II. Subſtitutionem vulgarem in legitima fieri non poſſe. Ratio ſola, ſed ſolida eſt; quod hodie omne gravamen, onus, dilatio, mora, conditio de legitima rejiciatur; *d. l.* 32. Atqui ſubſtitutio vulgaris involvit conditionem, puta, *ſi voluerit*; ergo *Conc. Walter. loc. cit. &c.* Es ſolle kein Vatter.

Quo titulo legitima relinquenda?

22 Tametſi legitima inſpecto Jure communi titulo inſtitutionis relinquenda ſit, prout ſupra ad § *ult. h. t.* diximus: Secus tamen obtinet de Jure Auſtriaco, teſte Waltero *loc. cit.* *v.* Die geſchriebene Rechte, his verbis: Es ſetze gleich ein Vatter ſeine Kinder, ſo viel die Legitimam anbelanget, in ſeinem Teſtament zu Erben ein, oder aber verſchaffe ihnen ſolche Legitima in einem Codicill, Legatweiß, ſo gilt dem Lands-Brauch nach eins ſo viel, als das andere.

Ex quibus bonis debeatur legitima?

23 Ad propoſitam quæſtionem ſimpliciter, & generaliter R. dicere poſſis, quod legitima debeatur ex ipſa ſubſtantia patris, prout innuit *l.* 36. *v. repletionem. C. h. t.* his verbis: *Repletionem fieri ex ipſa ſubſtantia patris.* Verum enim vero, cum quandoque multa, & varia bona, diverſæque qualitatis in ſubſtantia patris reperiantur, ideo inquirendum, ex quibus bonis debeatur, & ex quibus non debeatur legitima. Itaque

Certum eſt I. legitimam non deberi ex bonis primogenituræ ſubjectis, qualia ſunt *Regna*, *Ducatus*, *Principatus*, *&c.* Ratio: quia bona primogenituræ ſubjecta non proveniunt ex ſubſtantia patris; ergo primogenitus ea habet præcipua. Ratio alia: ne fiat diſmembratio Ducatus, Marchionatus, &c. ex quo ſi legitima deberetur, is intra paucos annos ad nihilum reduceretur. *Mant. tract. de teſtam. tit.* 12. *q.* 33. *Merlin tract. de legitima. lib.* 2. *tit.* 1. *q.* 2. *Berlich. p.* 3. *concluſ.* 11. *n.* 23.

Certum eſt II. Legitimam ex bonis fideicommiſſo, vel reſtitutioni obnoxiis etiam relinquendam non eſſe. *Ratio eſt*: quia legitima debetur ex ſubſtantia patris. *d. l.* 36. Bona autem fideicommiſſo obnoxia non proveniunt ex ſubſtantia patris, ſed ſunt quaſi aliena. *auth. res quæ. C. commun. de legat. Roſenthal. de feud. concluſ.* 13. *c.* 7. *n.* 33. *Fath. lib* 7. *conj.* 46. *Berlich. loc. cit. n.* 20. Controvertitur: *An legitima in mera pecunia numerata velle aſſignetur?* Videtur id affirmandum; quoniam legitima debetur ex ſuſtantia patris. *d. l.* 36. *C. h. t.* ſed pecunia numerata etiam eſt ex ſubſtantia patris; ergo.

Verum negantium ſententia, cui & ego

ego adſtipulor, veriſimilior, & communior eſt; tum quia legitima debet aſſignari in rebus mediocribus, non deterioribus, qualis eſt pecunia, quæ facile abſumitur: tum quia intereſt filii potius res habere, quam pecuniam, propter juſtam forſan affectionem, quod res majorum fuerunt. *Fach. lib.* 4. *q.* 33. *Zoeſ. n.* 102.

Concordat *Walter loc. cit.* Da etlichen Kindern eines Theils die Güther, denen anderen aber Geld für ihre Legitima verſchaffet worden, ſeynd die Kinder, welchen das Geld verordnet iſt, daſſelbe wider ihre Gelegenheit anzunehmen nicht verbunden, ſondern es ſolle jedes Kind ſeinen Theil, ſo wohl an Güthern, als an der Baarſchaft pro rata bekommen.

Da auch der Vatter in ſeinem letzten Willen verordnen thäte, daß die Haupt-Güther etlichen Kindern allein bleiben, und ihre Mit-Erben hindann löſen ſollen, ſo ſeynd dieſelbe Mit-Erben der Ablöſung (ſo weit ſich ihre Legitima erſtrecket) ſtatt zu thun nicht ſchuldig.

Quando debeatur legitima?

Dixerint nonnulli, vivo adhuc patre deberi legitimam, eo quod ſacræ paginæ de filio prodigo commemorent, quod a patre petierit *portionem ſubſtantiæ ſuæ*, & cum ea in peregrinas regiones defluxerit. Verum cum non exemplis, ſed legibus judicandum ſit; ideo

25 R. Et pro regula traditur, quod legitima filiis non debeatur, niſi poſt mortem patris *l.* 1. §. *ſi impubere.* 11. *ff. de Collat.* Ratio: quia viventis nulla eſt hæreditas, aut ſucceſſio *l.* 1 *ff. de hæred. vel act. vend.* atque improbum eſt de viventis hæreditate ſollicitum eſſe. *l.* 2. §. 2. *ff. de vulg. & pupill ſubſtit. Manz. tract. de teſtam. tit.* 12. *q.* 15. *n.* 2. *Berlich. p.* 2. *concluſ.* 14. *n.* 13. *Mynſing. cent.* 4. *obſ.* 25. *Hunn. ad Treutl. vol.* 1. *diſp.* 13. *q.* 37. *Gail.* 2. *de pace publ. c.* 13. *n.* 30. ubi ait, quod pater poſſit omnia ſua bona in mare projicere, & ſic filium ſua legitima defraudare.

Ampliatur, ut pater non teneatur filio in vita ſua legitimam ſolvere, etiamſi pater eſſet prodigus & dilapidator. *Berlich. d. lo. n.* 8. *Vaſq. l.* 17. *n.* 1. Ratio eſt: quia habito remedio ordinario, non eſt excurrendum ad extraordinarium; *l.* 16. *ff. de minor.* atqui in caſu, quo pater prodigum agit: aut dilapidatorem, habetur remedium ordinarium, puta, ut ei per Magiſtratum bonis interdicatur; §. 3. *Inſt. de curat.* ergo.

Quæ imputentur in legitimam?

26 Statuenda eſt hic regula univerſalis, ut videlicet ea omnia in legitimam imputentur, quæ ex ſubſtantia teſtatoris pure, & ſine gravamine ſunt profecta. *l.* 30. *& l.* 36. *C. h. t. Glettle p.* 2. *ſelect. quæſt.* 10. *n.* 38. In ſpecie in legitimam imputantur

I. Quæ filio obveniunt titulo Inſtitutionis. §. ult. Inſt. h. t.

 II. Quæ

II. Quæ relicta ſunt titulo legati, aut fideicommiſſi. d. l. 30. & 36.

Quod ipſum tamen limitatur, ſi legato, vel fideicommiſſo mora, onus, dies, conditio, aut aliud gravamen adjectum fuerit; legitima enim pure & ſine gravamine eſt relinquenda, *l.* 32. *Cod. h. t.* adeoque tale legatum in legitimam imputandum non eſt. *d. l.* 36. *§. cum autem. Manz. loc. cit. tit.* 12. *q.* 39. *n.* 6. *&* 7. III. *Quæ filio donata ſunt mortis cauſa*; quia donatio mortis cauſa legatis exæquata eſt. *l.* 8. § 6. *ff. h. t.* IV. *Dos & donatio propter nuptias. l.* 49. *C. h. t. & l. ult. C. de collat. Zoëſ. ff. h. t. n.* 105. Vide *Manz. loc. cit. q.* 42. V. *Donatio inter vivos. arg. § fin. Inſt. h. t.* ubi quarta habita per donationem inter vivos, filius non movet querelam. Verum tenendum eſt, non imputari donationem inter vivos in legitimam, niſi pater expreſſe voluerit illam imputari *l.* 25 *ff. h. t.* & *l.* 35. *§.* 2. *C. eod. Zoëſ. n.* 106. *Glettle loc. cit. Manz. d. lo. q.* 41. *per tot.* De fructibus res expedita non eſt, num imputentur in legitimam. Fac *v. g.* Filius inſtitutus eſt in legitima hæres, & rogatus, ut poſt certum tempus *v. g. decennium*, vel ſub *conditione* reſtituat hæreditatem Sempronio; antequam conditio exiſtat, vel tempus reſtitutionis adveniat, filius multos fructus percepit. Quæſtionis eſt, an illos teneatur imputare in legitimam?

Quidquid forte inſpecto Jure Digeſtorum propugnare poſſis: de Jure Codicis communiter obtinet, fructus in legitimam non imputari. Ratio fundamentalis eſt quia *Juſtinianus in l.* 39. *v. repletionem, & auth. noviſſime. C. h. t.* vult repletionem legitimæ faciendam eſſe ex ſubſtantia patris; atqui fructus poſt mortem teſtatoris percepti non ſunt ex ſubſtantia patris, nunquam enim patris defuncti fuerunt; ergo. *Zoëſ ff. h. t. n.* 107. *Manz. tract. de teſtam. tit.* 12. *q.* 40. *Glettle loc. cit. n.* 39.

An ea, *quæ conditionis implendæ cauſa filio relicta ſunt*, imputentur in legitimam, *v. g.* pater inſtituit filium, & Titium hæredem. Titium gravat hac conditione, ſi filio, centum dederit. *Q. an iſtos centum filius imputare debeat in legitimam?* ℞. quod non. Ratio: quia illa imputantur in legitimam, quæ ex ſubſtantia teſtatoris percipiuntur; *d. l.* 36. *§. repletionem.* Atqui iſti centum non percipiuntur de ſubſtantia teſtatoris, ſed Titii; ergo. Vide *Glettle n.* 41. *Manz. n.* 13. *& ſeqq.*

TITULUS XIX.

De hæredum qualitate, & differentia.

SUMMARIA.

1. *Hæres quis dicatur?* 2. *Alius eſt neceſſarius.* 3. *Alius ſuus, & neceſſarius.* 4. *Alius extraneus.* 5. *Qui triplici tempore debet habere teſtamenti factionem paſſivam.* 6. *Suus duntaxat duplici.* 7. *Extraneus dicitur adire hæredi-*

reditatem: ſuus vero ſe immiſcere. 8. *Jus deliberandi quare introductum ſit?* 9. *Ad inventarium quid requiratur?* 10. *Quot modis adeatur hæreditas?* 11. *Vel repudietur?*

CONNEXIO.

1 Multa hucuſque diximus, de hæredibus inſtituendis, exhæredandis, & ſubſtituendis. Cum autem hæredes ſint differentes, habeantque diverſas qualitates, ideo tractatur hic de hæredum qualitate, & differentia. Hæres dicitur *ſucceſſor in univerſum Jus, quod defunctus tempore mortis habuit.* Sunt tamen triplices hæredes: alii *neceſſarii tantum*, alii *ſui*, & *neceſſarii*, alii *extranei. text. in princ. hic.*

§. Neceſſarius. 1.

2 Neceſſarii hæredes ſunt ſervi a domino hæredes inſtituti, quia nolint, velint, hæredes eſſe coguntur: nec habent arbitrium repudiandæ hæreditatis, ſed poſt mortem teſtatoris protinus liberi, & neceſſarii hæredes fiunt. Dico *fiunt: quia adeitio eſt facti, ad quod quis cogi non poteſt, ne quidem ſervus a domino. l. 3. ff. de hæred. Inſt.* Tametſi itaque talis hæreditatem non adeat, habetur tamen ipſo Jure pro hærede, ac ſi adiviſſet, adeoque nolens volens tenetur eſſe hæres; & hoc favore dominorum introductum eſt, quibus, ſi pauperes fuerunt, & multo ære alieno obſtricti, magno ſolatio fuit, quod per inſtitutionem ſervi *ſuæ famæ conſulere*, & evitare potuerint, ne bona nomine ipſorum dominorum ſubhaſtarentur. Quam ignominioſum autem fuerit, alicujus bona *proſcribi, & ſubhaſtari*, eleganter Cicero edixit. *Hercule*, inquit, *cujus bona ex edicto poſſidentur, & hujus omnis fama, & exiſtimatio ſimul cum bonis poſſidetur.*

Ad verſ. Pro hoc.

Cum autem æquum ſit, ut, qui in uno gravatur, in altero relevetur, *l. 30. ff. de Jurejur.* ideo pro hoc incommodo ſervus duplex commodum conſequitur. Unum eſt *libertas*, quæ inæſtimabilis eſt, omnibusque rebus præſtantior. Alterum eſt: quod res, quas *ſervus poſt mortem domini acquiſiverit, ab iſthac diſtractione ſeparentur, nec venum eant. Harp. hic.*

§. Sui. 2.

3 Sui, & neceſſarii hæredes ſunt, qui in poteſtate teſtatoris in tempore mortis ſunt, eumque proximo gradu contingunt, v. g. filius, & filia. Contingere tamen etiam poteſt, ut nepos, neptisque ſui, & neceſſarii hæredes fiant; ſi nimirum filius vivo patre deſierit ſuus hæres eſſe, forte quia *morte interceptus, aut emancipatus, aut deportatus eſt*; tunc enim nepos, neptisve in locum patris ſuccedunt, & fiunt ſui hæredes. *text. hic.*

Dicuntur *ſui hæredes*: quia domeſtici hæredes ſunt, & vivo quoque patre quodammodo rerum paternarum domini exiſtimantur, adeoque mortuo patre non dicuntur acquirere dominium, ſed *in ipſo continuare l. 11. ff. de liber. & poſthum.* Neceſſarii vero dicuntur, quia omnino ſervorum inſtar, ſive nolint, ſive velint, tam ab inteſtato, quam ex teſtamento hæredes ſiunt; Ratio eſt *patria poteſtas*, quæ olim dominicæ par erat.

Verum Prætor plenus æquitate removit illam neceſſitatem, & introduxit in favorem liberorum beneficium *abſtinendi*, ita ut hodie ab hæreditate paterna abſtinere poſſint, & hæredes voluntarii ſint. Ratio: quia inter duos ingenuos longe melius eſt defunctum contumelia affici, quam vivum, utpote qui injuriam ſentit. *Marz. n. 8.*

§. Cæteri. 3.

4 Extranei hæredes ſunt, qui tempore mortis non ſunt in poteſtate teſtatoris patria, vel dominica. *text. hic.* Illud non refert, ſive ſanguinis conjunctione teſtatorem attingant, nec ne. Sic licet emancipatus teſtatorem ſanguinis conjunctione, item filii, & filiæ matrem: emancipatus tamen, & filii e matre inſtituti in cenſum extraneorum revocantur. Ratio prioris: quia licet emancipatio Jura ſanguinis non tollat, §. 11. *Inſt. de I. N. G & C.* patriam tamen poteſtatem extinguit. §. 6. *Inſt. quib. mod. pat. poteſt. toll.* qua perempta Jus etiam ſuitatis perimitur. §. 3. *hic.* Ratio poſterioris: quia mater liberos non habet in poteſtate. §. 10. *Inſt. de adopt.*

§. In extraneis. 4.

5 Si hæres extraneus inſtituatur, illud potiſſimum obſervandum, ut habeat teſtamenti factionem, non activam, ſed paſſivam, h. e. ut ex alieno teſtamento aliquid capere poſſit, licet teſtamentum facere nequeat. Unde ait hic Imperator: *Furioſus, mutus, poſthumus, infans, filiusfam. & ſervus alienus teſtamenti factionem (puta paſſivam) habere dicuntur. Licet enim teſtamentum facere non poſſint, attamen ex teſtamento vel ſibi, vel alii acquirere poſſunt.*

Teſtamenti autem factio paſſiva cum extraneis hæredibus triplici tempore requiritur. I. *tempore inſtitutionis, ſeu conditi teſtamenti.* Ratio: ut conſiſterit inſtitutio. II. *tempore mortis teſtatoris*; quia tunc teſtamentum effectum ſortitur. III. *tempore aditæ hæreditatis*; quia ibi acquiritur hæreditas. De intermediis temporibus, ſi v. g. inſtitutus poſt factum teſtamentum deportetur, & ante mortem reſtituatur, curandum non eſt, ratio: quia medii non habetur ratio, modo de extremis conſtet, & inhabilitas medii temporis non curatur, ſi extrema ſint habilia. *Marz. n. 13. & 14.* Dicta procedunt de 6
hærede extraneo, in hærede enim ſuo ſufficit duobus temporibus, teſtamenti factionem paſſivam habere. I. *tempore conditi teſtamenti*, & II. *tempore mortis.*

Ra-

Ratio: quia ſuus ipſo Jure ſtatim poſt mortem teſtatoris hæres exiſtit, citra ullum factum aditionis. *Harp. hic. n. 7.*

§. Extraneis. 5.

7 Pro intellectu hujus §. & meliori loquendi modo obſerva: quod extranei hæredes dicantur *adire*, & *repudiare hæreditatem*: *ſui vero ſe immiſcere, & abſtinere.* Nam adire proprie eſt, ad aliud ire; unde cum ſui hæredes non vadant ad aliud, quia jam vivo patre bonorum paternorum quaſi domini ſunt, *l. 11 ff. de liber. & poſth.* non dicuntur adire, ſed ſe immiſcere. *Schneid. n. 2.* hoc ſuppoſito in viam redeo; & cum is, qui hæreditatem ſemel adiit, vel ei ſe immiſcuit, poſtea relinquendæ ejus facultatem amplius non habeat; *l. 4. C. de repud. hered.* niſi forte minor 25. annis fuerit, cui ob infirmum ætatis conſilium Prætor per reſtitutionem in integrum ſuccurrit; ſicut & præcipue militi, qui arma magis, quam Jura ſcit, *l. fin. C. de Jure delib.* cum, inquam, poſtea hæreditatis relinquendæ facultatem non habeat, ne quis temere adeundo eam ſibi præjudicet, data fuit ſuccedentibus, ſive ex teſtamento, ſive ab inteſtato extraneis hæredibus de adeundo, vel non adeundo, deliberandi poteſtas, ut prius bene perluſtrent, ac perpendant, num expediat hæreditatem adire, nec ne? Dixi autem *extraneis hæredibus*; ſui enim de Jure Civili non habent tempus deliberandi, quia neceſſarii hæredes ſunt, ſive velint, ſive nolint. Dixi iterum: de Jure Civili; quia de Jure Prætorio datur ipſis beneficium abſtinendi, conſequenter & deliberandi, an ſe paternæ hæreditati immiſcere velint. *Harp. n. 4.* Olim hoc tempus deliberandi usque ad annum, ex quo hæreditatem ſibi delatam agnoviſſet, duravit *l. 19. C. d. t.* Hodie autem id limitatum per *l. fin. §. ſed quia quidem. C. eod.* quæ lex indulget volentibus deliberationem petere a Principe *annum integrum.* Ab inferioribus vero 9. menſes. Lapſo hoc tempore habetur deliberans, prout ipſi eſt deterius, vel pro adeunte, vel pro repudiante. *l. fin. §. pen. C. d. t. Schamb. & Schneid. n. 10.*

§. Sed noſtra. 6.

8 Quoniam per beneficium deliberandi hæredi non ſat conſultum erat, ideo *Juſtinianus* remedium adhuc utilius, & tutius invenit, beneficium ſcilicet inventarii, de quo quidem hic mentionem non facit, ſed nos ad conſtitutionem ſuam remittit, quæ continetur in *l. fin. C. de Jure deliberandi.* Et in compendio hoc continet, ſi hæres dubitat, utrum adeunda ſit hæreditas, nec ne, poteſt intrepide adire, vel immiſcere ſe ſine periculo, *d. l. fin §. 2.* dummodo conficiat inventarium, & deſcribat in eo omnia bona defuncti, adhibitis ſolennitatibus in cit. Conſtitutione requiſitis. *Mozz. n. 4. & 5.* Quæ ipſæ ſolennitates fere omnes ab uſu receſſerunt, ita, ut circa inventariorum confectionem, locorum conſuetudines in-

inſpicere neceſſe ſit. De Jure Auſtriaco requiritur I. ut intra 30. dies poſt apertum teſtamentum inventarii initium fiat. II. ad ejusdem confectionem a Magiſtratu decernantur authentici Commiſſarii. III. citentur proximi
9 agnati. *Walter lib. 3. tit. 34. de Jure conſuet. Auſtriæ.* Ein Aufrichtung eines Inventarii ſolle von Stund an, nach dem Dreyſſigſten beſchehen, und darzu unpartheyiſche Commiſſarii von der Obrigkeit verordnet, auch denen nächſten Befreundten darzu verkündet werden.

Item wann man zu der Inventirung greiffet, ſollen alle Haab- und Güther, liegend- und fahrend, Briefliche Urkundten, und was ſonſten in der Verlaſſung verhanden, ordentlich beſchrieben werden, und da etwas fürſetzlich, oder unwiſſentlich unterlaſſen, verrucket, oder verhalten worden, ſo ſtehet denen Creditoren, auch anderen Intereſſirten bevor, ſolches gebührlicher maſſen zu ahnden; da es auch der Erb in Abred ſtunde, ſollen die Glaubiger, und Geſchäfft-Genoſſene zur Weiſung gelaſſen werden, wie dann ihnen unbenommen, des Geſchäftingers Hauß-Geſind, welche etwa der Sachen Wiſſen haben, wie recht iſt, verhören zu laſſen, und da ſie mit anderer Weiſung nicht gefaſt, mag der Erb mit ſeinem Cörperlichen Eyd derentwegen gehöret werden. Concordat quoad *delationem juramenti Sutting. in manuſcript. lit. I. v. Inventarii beneficium.* Wann ein Gerichtliches Inventarium gemacht worden, und nicht alles darein einverleibt, muß der negirende Theil ſolches unter einem Jurament offenbaren.

Effectus inventarii confecti occurrunt varii.

I. Eſt, quod hæres creditoribus ultra vires hæreditarias non teneatur. *text. hic. & in d. l. ult.* Concordat *Sutting. loc. cit.* his verbis: Ein Erb, cum beneficio legis, ac inventarii, non tenetur ſuſtinere onera hæreditaria, ſed ſolummodo creditoribus juxta facultates hæreditatis paternæ, exceptis bonis feudalibus, ſatisfacere tenetur.

II. Effectus eſt, quod pendente inventarii confectione hæres non poſſit conveniri a creditoribus defuncti. *d. l. ult.* § 11. III. Quod creditores compellere poſſit, res hæreditarias in ſolutum accipere, neque teneatur de earum evictione. *d. l. ult.* §. 6. *Harp. Inſt. hic n.* 10. Contra, ſi hæres *omiſſo Inventario* hæreditatem adierit, tenetur tam creditoribus, quam legatariis, & fideicommiſſariis in ſolidum, etiam ultra vires hæreditarias, fruſtra allegans in hæreditate nihil eſſe. *Novell. 1. §. ſi vero non fecerit. Zoeſ. ff. de Jure delib. n.* 13. Ratio: quia Jura præſumunt hæredem, qui non confecto inventario hæreditatem adiit, in dolo fuiſſe, quaſi clam aliquid ſubripuerit, & in bonis defuncti maligne verſatus ſit. *d. Nov.* 1. § 2. *in prin.* quæ ipſa *præſumptio eſt Juris & de Jure*, non admittens probationem in contrarium. *d. Nov. c. 2. & l. ult. C. de Jure delib.* Concordat Jus Auſtr. *teſte Sutting. in manuſcript. lit. I. Inventarium, & Walter. lib. 3. tit. 33.* ibi: Wann ſich einer ſine beneficio legis, & inventarii, der Erbſchaft vergreift, ſo muß er allen Schulden-Laſt und Bürde, welche

der

der Erbſchaft obligen, über ſich neh-men, und dieſelbe nicht allein, ſo weit ſolche Erbſchaft im Werck ſich erſtre-det, ſondern auch die Ubermaß von ſeinem eigenen Vermögen völliglichen abrichten.

§. Item extraneus. fin.

10 Quandoquidem diximus, hæreditatem ſemel aditam dimitti non amplius poſſe; ideo nunc Q. *Quando & quot modis dicatur aliquis adiviſſe?* R. *Imperator*, duobus modis aliquem dici hæreditatem adiiſſe: *verbo, & facto.* verbo, h. e. ſolo animo, nudaque voluntate declarata. Verbis: ut *ſi dicat, ſe velle adire*, ſe velle hæredem eſſe. Facto, quando quis *ſe pro herede gerit.* Pro hærede autem ſe gerere dicitur, qui rebus hæreditariis tanquam dominus utitur, vel prædia colit, vel locat ædes, vel alia facit, quæ domino conveniunt, dummodo ſciat eum, in cujus bonis pro hærede ſe gerit, teſtatum, inteſtatumve obiiſſe, & ſe hæredem eſſe. *l. 19. ff. h. t. Schamb. hic.* Concord. *Walt. loc cit. tit. 35.* Die Antrettung der Erb-Güther geſchicht mit Wercken: da ſich einer der Erb-Güther mächtiget, als nemlich mit Zahlung, oder Einbringung der Schulden, oder mit Erbauung, Verlaſſung, Vermachung, Verſetzung, Verſchaffung, ꝛc.

Ex dictis colligitur, quod ad hæreditatis aditionem requiratur animus, quem cum etiam mutus, & ſurdus habere poſſit, poſſunt & hi adire. *l. 5. ff. de acq. hered.* modo intelligant, quid agant, ac ſufficienter conſenſum ſuum indicent; nam aditio hæreditatis non requirit amplius hodie verba ſolennia, ſicut olim. *Perez. Inſt. hic.* Furioſus, cum non intelligat, quid agat, hæreditatem per procuratorem recte adit. *l. 36. ff. de acq. vel omitt. hered.* Quod reſpectu furioſi utilitatis, & quaſi pietatis cauſa, ne afflicto addatur afflictio, receptum eſt; cum vero per procuratorem regulariter hæreditas acquiri non poteſt. *Marz. §. 4. Inſt. h. t. n. 20.*

Sicut autem verbo, aut facto hæreditas acquiritur, ita etiam contraria voluntate, verbo, vel facto declarata, mox repudiatur. *l. 95. ff. h. t.* unumquodque enim eo modo tollitur, quo colligatum. Verbo autem repudiatur, ſi dicat: *Nolo adire hæreditatem.* Facto, ſi *in alium transfert hæreditatem.* Item ſi præteritus, aut exhæredatus ab hærede inſtituto ſcienter rem hæreditariam emat, vel ei ut hæredi ſolvat, quod teſtatori debebat. *l. 23. §. 1. ff. de inoff. teſtam. Schamb. hic.* 11

Effectus repudiationis eſt, quod amplius ad adeundam hæreditatem non admittatur. Ratio: quia alteri jam jus quæſitum, quod illi facto repudiantis auferri non debet, & ſicut hæreditas ſemel adita amplius repudiari nequit, ita hæreditas ſemel ab extraneo repudiata amplius adiri non poteſt; imputet enim ſibi, qui rem non melius perpendit. *Marz. n. 22.* Minori tamen per reſtitutionem ſuccurritur. *l. 4. C. de repud. hered.* Item ſuus hæres, licet ſeſe avita, vel paterna hæreditate abſtinuerit, poteſt tamen NB.

do-

Google

donec res paterna in eodem ſtatu permanent, h. e. non alienatæ ſunt, *intra triennium & hæreditati ſe immiſcere. d. l. 4.* quod ſingulariter ſuo hæredi datum. *Manz. n. 23. & Schamb. hic. in fine.*

TITULUS XX.
De Legatis.

SUMMARIA.

1. *Definitur legatum.* 2. *Quomodo differat ab hæreditate?* 3. *Quales, & quot actiones pro conſequendo legato competant?* 4. *Hodie legata, & fideicommiſſa exæquata ſunt.* 5. *An res hæredis legari poſſit?* 6. *An aliena?* 7. *An valeat legatum, ſi res non ſit in commercio legatarii?* 8. *An res pignori data rectè legetur?* 9. *Quid Juris, ſi res aliena legata ſit, cujus legatarius non vivo teſtatore eſt factus dominus?* 10 *Quid ſit Jus accreſcendi?* 11. *Quando locum habeat?* 12. *Quid, & quotuplex ſit conjunctio?* 13. *Res propria legari poteſt.* 14. *Quid Juris, ſi quis putet rem, quam legat, eſſe alienam, quæ tamen ſit ſua?* 15. *Quid Juris, ſi rem legatam alienaverit?* 16. *Vel oppignoraverit?* 17. *An debitum debitori rectè legetur?* 18. *An dos mulieri legari poſſit?* 19. *Si res legata pereat, cui pereat?* 20. *Si ex pluribus rebus una legata pereat, quid Juris?* 21. *Quid interſit, an quis fundum inſtructum, an cum inſtrumentis legaverit?* 22. *Si grex ovium legatus ſit, an una ovis debeatur?* 23. *Quid ſit cedere, quid venire diem?* 24. *An res etiam Incorporales rectè legentur?* 25. *Quid ſit legatum generis, & quotuplex ſit genus?* 26. *Quid Juris in legato optionis?* 27. *Quibus legari poſſit?* 28. *An incerta perſona legari poſſit?* 29. *An poſthumo?* 30. *An legatum valeat, ſi teſtator erraverit in nomine, cognomine, vel agnomine?* 31. *An falſa demonſtratio vitiet legatum?* 32. *An falſa cauſa?* 33. *An pœnæ nomine legari poſſit?*

TRANSITIO.

POſſet videri *hic Titulus* impertinenter huc eſſe collocatus: quia verſamur in modis acquirendi dominii per univerſitatem, legata autem, & fideicommiſſa acquiruntur nobis non per univerſitatem, ſed ut res ſingulæ; ut proinde *iſte tit.* ſtatim poſt *tit.* de donationibus fuiſſet collocandus. Verum enim vero, cum hactenus de teſtamentis *Imperator* egerit, non ſine cauſa nunc de legatis agit, quia legata ſunt pars quædam teſtamenti, & velut acceſſorium, pars autem ſequitur ſuum totum. *l. 44. ff. de R. V.* ſicut acceſſorium ſuum principale. *cap. 42. de R. I. in 6. Manz. hic.*

§. Le-

§. Legatum 1.

1 *Legatum eſt donatio quædam a defuncto relicta, ab hærede præſtanda, text. hic.*

2 Dicitur I. *donatio*: quia ex liberalitate, & munificentia proficiſcitur. *l. 1. ff. de donat.* & nullum onus, aut incommodum, ſed lucrum duntaxat, ut puta donatio, in ſe continet. § 6. *h. t.* qua in re differt legatum ab hæreditate, quæ & lucrum, & onus habet, ſicut & bonorum poſſeſſio. *d. l. 32. ff. mandati.* & *l. 119. ff. de V. S.* Dicitur II. *quædam*; qua particula ſignificatur, legatum eſſe quidem donationis ſpeciem, ſed tamen proprie non eſſe donationem; quia ut patebit, ab omnibus donationis ſpeciebus diſtincta eſt etenim ad donationem requiritur acceptatio alterius, i. e. donatarii, legatum autem ſola teſtatoris voluntate conſtat. *Schamb. hic.*

Dicitur III. *A defuncto relicta*, per quas particulas a donatione inter vivos diſtinguitur, quæ non a defuncto relinquitur; differt autem adhuc etiam a donatione inter vivos, quia hæc ſemel perfecta, temere, hoc eſt, ſine juſta cauſa ingratitudinis revocari non poteſt: ut dictum ſupra *tit. de donat.* Deinde diſcrepat a donatione mortis cauſa, quod hæc in præſentem, legatum vero & in abſentem fiat. *Harp. hic. n. 7. & 8.* Dicitur IV. *ab hærede præſtanda*, ut pateat, quod legatarius non poſſit propria authoritate rem occupare, ſed petere eam debeat ab hærede. *l. 1. ff. de legat.*

§. Sed olim 2.

Olim quatuor modis legata relinqui ſolebant, ſcilicet per *vindicationem*, his verbis: *Do, lego, capito, ſumito, &c.* quo genere legari tantum poterant res, quæ teſtatoris erant tempore mortis, & conditi teſtamenti. *Per damnationem* his verbis. *hæres meus damnas eſto dare; dato, facito, hæredem meum dare jubeo.* Quo genere res omnes tam propriæ, quam alienæ legari poterant. *Sinendi modo* his verbis: *hæres meus damnas eſto ſinere, vel ſinito eum rem illam ſumere, ſibique habere*: quo genere legabantur res propriæ teſtatoris, & hæredis. *Per præceptionem* hoc modo non legabatur, niſi hæredibus ſcriptis ex parte hoc modo: *Illam rem præcipito*, quaſi præ reliquis capito, v. g. *primus*, & *ſecundus hæres ſumito; ſecundus autem præcipuum habeat fundum Cornelianum. Schamb. & Perez. hic.* Sed hæc IV. legatorum genera una cum ſolennitatibus verborum exoleverunt, & unam naturam legatorum conſtituit. *text. hic.*

Pro legato autem conſequendo tres 3 actiones competunt, nimirum: *Rei vindicatio, actio perſonalis ex teſtamento, & hypothecaria*, quarum tamen nulla intentari poteſt, niſi adita hæreditate: nam ſi ex teſtamento hæreditas non ſit adita, legata corruunt. *l. 21. ff. de Fideicommiſſ. l. 181. ff. de R. J. Schneid. n. 12* Ratio, cur detur rei vindicatio, eſt, quia domino datur adverſus eum, qui rem poſſidet; ſed legatarius ſtatim teſtatore mortuo fit dominus rei legatæ, *l. un. §. 1. C. de Caduc. toll.*

 ergo

ergo legatario ſtatim a morte teſtatoris datur rei vindicatio tam contra hæredem quam omnes alios poſſeſſores. Ad hoc autem, ut rei vindicatio competat, requiritur I. quod legatum conſiſtat in ſpecie, non in genere, vel quantitate; nec ſit alternativum, quia alias propter incertitudinem non transfertur dominium, niſi facta declaratione. *l. 84. §. Stichum. ff. de Leg.* 1. II. Quod res ſit teſtatoris, non hæredis, nec alienæ rei dominium teſtator, quod non habet, transferre poteſt. *l. nemo plus Juris. 52. ff. de R. J. Schmid. n. 20. & Chling. q. 3. ob. 2. & 3. h. t.*

Ratio, cur detur actio perſonalis ex teſtamento contra hæredem, eſt iſta: quia actio perſonalis datur contra eum, qui nobis eſt obligatus; atqui hæres eſt legatario obligatus ex quaſi contractu; quia hæres adeundo hæreditatem dicitur cum creditoribus, & legatariis quaſi contrahere. *§. hæres 5. de Oblig. quæ ex quaſi contractu. Manz. n. 18.* Datur hæc actio tum maxime, quando legata eſt quantitas, vel res aliena, tunc enim rei vindicatio, uti dictum, non competit. Illud non refert, legatumne in teſtamento, an codicillis relictum ſit? nam ſi in Codicillis ab inteſtato factis legatum relictum ſit, nilis ſaltem actio perſonalis ex teſtamento locum habet. *Schmid. n 16.*

Ratio, quare actio hypothecaria competat, eſt: quia legatario pro legato univerſa defuncti bona tacite per legem obligata, & oppignorata ſunt, donec legatum ſolvatur. *l. 1. C. communia de legat. Manz. n. 19.* tres ergo legatario pro legato conſequendo actiones applicantur *realis, perſonalis* & *hypothecaria*: non tamen cumulative competunt, h. e. omnes tres ſimul in eodem libello cumulari nequeunt, dantur enim *electivè*, h. e. hæres ex iis unam eligere debet, qua legatum petat. *l. 76. §. 8. ff. de legat. 2. Manz. n. 20.* & *communiter omnes.*

Dices I. Quando quis eſt rei alicujus dominus, tunc is non poteſt agere actione perſonali; atqui legatarius eſt rei legatæ dominus juxta dicta; ergo ℟. *I. diſt. maj.* quando quis eſt rei alicujus dominus naturalis & civilis ſimul, *con. maj.* tantum civilis, ſicuti legatarius, *neg. maj.* ℟. II. poſſe etiam dominum inſtituere actionem perſonalem ad poſſeſſionem obtinendam. Licet enim legatarius fiat dominus, ſaltem ab adita hæreditate, poſſeſſionem tamen non conſequitur, quam proinde actione perſonali perſequi poterit. *Schamb. hic.*

Dices II. Traditionibus non nudis pactis transferuntur rerum dominia; *l. 20. C. de pact.* ergo legatarius non fit ſtatim dominus poſt mortem ante traditionem, per conſequens rei vindicationem habere non poteſt ℟ per fictionem Juris in legatarium transferri dominium; fictio autem tantum operatur in caſu ficto, quantum veritas in caſu vero. *Manz. n. 20. & 30.*

Dices: Saltem non dabitur actio hypothecaria: nam ſi legatarius rei legatæ dominus eſt, quomodo res ei erit obligata, cum rei propriæ non conſiſtat pignus? ℟. ipſam rem, quæ legata eſt, utpote propriam legatarii nexu pignoris non obſtringi, ſed reliqua defuncti bona. *Harp. n. 20. Chling. q. 4.*

§. Sed

§. Sed non 3.

Permultæ olim erant inter legata, & fideicommiſſa differentiæ. I Legata non poterant relinqui, niſi teſtamento, aut Codicillis teſtamento confirmatis; *§. 10. Inſt. de fideicommiſſ. hæreditat.* fideicommiſſa vero tam ex teſtamento, quam ab inteſtato relinquuntur. II. Poſt mortem hæredis vel legatarii inutiliter legabantur: ſecus in fideicommiſſo. *§. 35. Inſt. eod.* III. A legatario non poterat relinqui legatum; poterat tamen fideicom̄iſſum. IV. Non poterant relinqui legata ante hæredis inſtitutionem: poterant tamen fideicommiſſa. V. Legata ſtricte inter pretanda erant: fideicommiſſa vero pinguiorem naturam habebant. *Schamb. hic. Harp. n. 2.*

4 Verum iſtas, & id genus differentias *Juſtinianus* ſuſtulit, & legata fideicommiſſis per omnia, & in omnibus reciproce exæquavit: in tantum, ut quod legatis tribuitur, idem tribuitur fideicommiſſis, & viciſſim. *Hic. & l. 2. C. commun. de Legat.*

Obj. l. 1. ff. de leg. I. In qua Ulpianus ait: *Per omnia exæquata ſunt legata fideicommiſſis*; ergo iſta exæquatio Ulpiano, non Juſtiniano attribuenda. *R.* I. Ulpianum loqui de exæquatione quoad deductionem quartæ falcidiæ; quæ ſicut ab initio obtinuit in legatis, ita etiam per SCtum Pegaſianum extenſa fuit ad fideicommiſſa. *R.* II. Quoſdam non male conjecturare, *ly per omnia*, ex poſterioribus juribus a Triboniano ad *d. l. 1.* eſſe adjectum; maxime cum *d. l. 1.* fere biennio ante editionem Pandectarum evulgata ſit. Et Juſtinianus compilatoribus hanc poteſtatem dederit, ut pro arbitratu ſuo & adjicere quædam, & detrahere ſcriptis veterum poſſent. *l. 1. C. de vet. Jur. enucl. Schamb. hic. Harp. n. 5.*

Dices: Eſt adhuc hodie differentia: legata enim verbis directis, fideicommiſſa obliquis relinquuntur; ergo *R.* eſſe differentiam, quoad modum relinquendi, ſive in verbis, quibus relinquuntur, *conc.* quoad effectum, *neg.*

Ad verſ. Sed ne.

Nota, quod ob ſublatas differentias *Imperator* de utriſque ſimul, i. e. tam de legatis, quam fideicommiſſis agere potuiſſet, id tamen ne permixtio quandam difficultatem induceat, ideoque ſeparatim prius de legatis, poſtea vero de fideicommiſſis agere voluit. *text. hic.*

§. Non ſolum. 4.

Imperator hic incipit declarare, quæ res poſſit legari, atque, quod non tantum res teſtatoris, ſed etiam hæredis, & prorſus aliena legari poſſit.

Et I. quidem nullum dubium eſt, quin teſtator rem ſuam propriam legare poſſit. Ratio ex lege XII. tab. *uti quisque rei ſuæ legaſſit, ita Jus eſto*, & quilibet rei ſuæ moderator, & arbiter eſt.

II. Poteſt teſtator legare rem hæredis. Ratio eſt: tum quia hæres, & 5

 do-

defunctus una, eademque perſona eſſe cenſentur. *Nov. 48.* adeoque res hæredis teſtatori non aliena, ſed ipſius quaſi propria videtur; tum quia & civilis, & naturalis ratio poſtulat, ut hæres, qui commodum accipit ex teſtamento, & voluntatem defuncti in commodo ſequitur, eandem quoque in incommodo impleat, & ſequatur. *Harp. n. 3. & 4.*

6 III. Poteſt legari res aliena; Ratio nulla eſt alia, quam ut ultimæ voluntatis liber ſit ſtylus, & teſtatoris voluntas exitum ſortiatur. Non tamen inde inferre licet, quod domino invito res ſuæ auferantur contra regulam §. *fin. Inſt. de his, qui ſui, &c.*

Sed in tantum hoc verum eſt, ut cogatur hæres rem alienam legatam redimere, & redemptam legatario præſtare. Quod ſi vero dominus rei nolit eam vendere; tunc hæres tenetur legatario æſtimationem illius rei præſtare. Ad quam & tunc recte admittitur, ſi dominus rem quidem vendere velit, ſed non niſi immodico pretio, quia paria ſunt nolle vendere, & velle, ſed immodico pretio. *l. 14. §. 2. ff. de leg. 2. Manz. n. 5. 6. & 7. Schneid. n. 7.*

Ad verſ. Sed ſi.

Dictum eſt, rem alienam legari poſſe. Hoc autem recipit duas limitationes. I. eſt, quod tunc demum rei alienæ legatum valeat, ſi ſit res, quæ eſt in commercio humano. Nam ſi ſit res; quæ eſt extra commercium humanum, ut *res ſacræ, ſanctæ, publicæ,* tunc neque ipſa res, neque æſtimatio debetur. *text. hic.* Ratio: quia ipſa res, cum dominio noſtro ſubjici non poſſit, tradi non poteſt, neque ejus æſtimatio præſtari, quia commercium eſt Jus emendi, & vendendi invicem, h. e. de re contrahendi: quarum autem rerum non eſt commercium, hæ nec pretio æſtimari poſſunt, ut mirum non ſit, hic nullam earum æſtimationem deberi, cum talis æſtimatio haberi non poſſit. *Manz. n. 8.*

7 Q. I. Quid ſi res legata quidem ſit in commercio hominum, ſed non ſit in commercio legatarii, valebitne legatum, ſaltem in tantum, ut legatario debeatur æſtimatio? *R. cum diſtinctione:* aut res legata non eſt in legatarii commercio propter crimen, vel ſectæ diverſitatem, vel propter ſtatus conditionem, aut vitium corporis. Priori caſu nec res legata, nec ejus æſtimatio debetur. *L. mortuo. 49. §. 2. ff. de legat. 2.* Hinc ſi Chriſtianus hæretico, aut Judæo legaverit Chriſtianum, nec legatum, nec æſtimatio debetur, quia Judæis, & hæreticis interdictum eſt, mancipium Chriſtianum acquirere, poſſidere, vel habere. *tot. tit. C. ne Chriſtianum mancip. haret. vel Jud. hab.* Poſteriori caſu rei legatæ æſtimatio debetur; v. g. ſi *cæco, ſurdo, aut muto moletta* ſit legata, tunc æſtimatio debetur. *l. Ilenſ. 114. § ſi quid 5. ff. de legat. 1. Schamb. hic. verſ. quares 1.* qua diſtinctione data textus contrarios, quos accurato calamo enucleat. *Hunn. var. reſol. lib. 2. tr. 3. q. 6.* facile combinare poſſis. Refert nimirum, an legatarius rei legatæ commercium jure non ha-

Google

habeat, an de facto? illo caſu nec æſtimatio: hoc caſu iſta deberur, quia afflicto non eſt addenda afflictio. *Schneid. n.* 10 *Harp. n.* 18. *& ſeqq.*

Q. II. Quid Juris, ſi econtra defunctus, vel hæres non habuerit rei legatæ commercium, habeat tamen legatarius? ℞. tunc vel rem vel æſtimationem deberi. *l.* 49. §. 3. *ff. de legat.* 2. *Schamb. hic. Harp. n.* 18. *Schneid. n.* 10. *Dices*: Impoſſibilium nulla eſt obligatio; *l.* 185. *ff. de R. I.* atqui impoſſibilis eſt hæredi præſtatio ejus rei, quam comparare, quamque habere non poteſt; ergo ad præſtationem obligari non poteſt. ℞. hæredi præſtationem illius rei, cujus non habet commercium, impoſſibilem non eſſe: quandoquidem, licet ipſe hæres rem iſtam ſic comparare non poſſit, ut eam ſibi habeat, & retineat, nihil tamen prohibet, quo minus eam ita comparare queat, ut alii acceptam præſtet, ſiquidem id, quod quis ſic capit, ut non retineat, ſed alii reſtituat, capere non videtur. *l.* 71. *ff. de V. S. Harp. loc. cit.*

Ad verſ. Quod autem.

II. Limitatio regulæ eſt, tunc tantum legatum rei alienæ valere, ſi defunctus ſciebat rem alienam eſſe, ſecus ſi ignorabat; tunc enim præſumitur hæredem oneraturus non fuiſſe onere luitionis, ſive redemptionis. *l.* 10. *C. h. t.* Et errantis nullus eſt conſenſus. *l.* 12. *C. de Jur. & fact. ignor.*

Excipe, niſi perſonæ proximæ v. g. *parenti, uxori, cognato* rem alienam ignorantet legaverit, his enim legatum debetur. *d. l.* 10. Ratio: quia præſumptio affectus in perſonam conjunctam tollit præſumptionem, quod hæredem oneraturus non fuiſſet, ſi rem alienam eſſe ſcivisset. *Mant. n* 10.

Ad verſ. Et verius.

Quid ſi contentio oriatur inter hæredem, & legatarium, cui incumbit onus probandi, quod teſtator ſciverit, vel ignoraverit rem legatam alienam eſſe; ℞. Incumbere legatario, tum quia eſt actor, cui regulariter incumbit probatio, *l.* 4. *C. de edend.* tum quia hæres habet præſumptionem pro ſe, cum is de damno vitando agat, alter vero de lucro captando *Schamb. in fine hic. & Mant. n.* 11. *&* 12.

§. Sed etſi.

8 Quod de re aliena dictum eſt in §. præced. idem placuit in re creditori obligata, ſive pignori data: ut nimirum rem legatam, quam teſtator ſcivit eſſe oppignoratam, hæres luere teneatur. Fac v. g. *Cajus debitor poculum aureum oppignoravit Titio creditori: deinque, Cajus teſtamento illud ipſum poculum legavit Sempronio?* cogitur hoc caſu hæres Caji, poculum illud luere, i. e. ſoluta creditori Titio pecunia, illud redimere ſive recipere, & receptum præſtare Sempronio legatario? ſi modo id obligatum fuiſſe teſtator ſciverit. Eſt enim veriſimile eum, qui ſcit, rem pignori obligatam eſſe, eamque legat, vo-

voluiſſe hæredem ſuum gravare, ut rem lueret. *text. hic. & in l. 57. ff. de Legat.* 1.

Quod ſi teſtator ignoraſſet, rem legatam pignori fuiſſe obligatam (quia forte facto inſtitorum, vel procuratorum obligata erat) hæres compelli non poteſt, ut eam luat. *Harp. n. 2. & 3.*

Dices I. Quid ergo hoc caſu proderit legatum legatario? ℞. ad hoc, ut ipſe rem legatam ſua pecunia redimere, ac ſibimet retinere poſſit; quæ redemptio eo utilior erit, quo magis valor excedit quantitatem debiti. *d. l. 57.*

Ad ℣. Si tamen.

Plane interdum legatario ad legatum conſequendum luendi onus, ſive neceſſitas incumbit, etiamſi teſtator rem legatam ſciverit nexu pignoris obſtrictam nimirum tunc, quando teſtator voluit legatarium luere, & hoc expreſſit *text. hic.* Ratio: quia lex ſilet, ubi homo loquitur, & proviſio hominis tollit proviſionem legis. *Mant. n. 5.*

Dictum: Si teſtator ignoraverit, rem pignori obligatam eſſe, quod tunc eam legatarius luere debeat. Hoc

Fallit I. Quando res pignorata a teſtatore legata eſt conjunctæ perſonæ, cui veriſimiliter, ſi ſciviſſet eandem, vel aliam æque bonam fuiſſet legaturus. *d. l. ſi res. 57.*

Fallit II. Quando nihil eſt ſuperfluum in re legata, ſoluta quantitate debita, & ſic legatum non contineret utilitatem. Nam tunc onus luendi ſpectat ad hæredem, etiamſi neſciverit teſtator rem pignoratam eſſe. *Schneid. n. 5. hic.*

§. Si res. 6.

9 Q. in hoc §. quid Juris, in re aliena legata, cujus legatarius vivo teſtatore dominus factus eſt? ℞. *cum diſtinctione*, aut legatarius factus eſt ejus rei dominus ex cauſa onerosa, (qualis eſt illa, pro qua aliquid præſtare debemus, v. g. *emptionis, permutationis, locationis, dotis, &c.*) aut ex cauſa lucrativa, qualis eſt illa, pro qua nihil quidquam præſtamus, v. g. *donationis, legati, ſucceſſionis, &c.* Jam ſi legatarius factus eſt rei dominus ex cauſa onerosa, tunc poterit agere actione ex teſtamento contra hæredem, ut conſequatur pretium. *text. hic. & in l. 168. §. 4. ff. de legat.* 1. Ratio: quia licet rem habeat, tamen aliquid aliud pro ea expoſuit, quo caret. *Mant. n. 5.*

Si factus eſt rei dominus ex cauſa lucrativa, tunc contra hæredem agere non poteſt, nec quidquam petere, ſed tale legatum inutile redditur; *Ratio eſt in textu:* quia duæ cauſæ lucrativæ in unum hominem, & eandem rem concurrere non poſſunt. Videtur enim eſſe contra naturalem æquitatem id petere, quod jam habet: idque ſine ullo ſuo incommodo, vel onere. *l. 206. ff. de R. I. Harp. n. 6.*

Ad

Ad verſ. Hac ratione.

Ex dictis infert *Imperator*, ſi cui in duorum teſtamentis eadem res fuerit legata, quod multum interſit, an legatarius ex primo teſtamento acceperit ipſam rem, an duntaxat æſtimationem. Si ipſam rem ex alterius teſtamento nihil poteſt prætendere, neque rem, neque æſtimationem. Non rem; quia illam habet ex cauſa lucrativa, adeoque ſortitur locum prædicta regula, quod duæ cauſæ lucrativæ in eundem hominem concurrere nequeant. Non æſtimationem: quia æſtimatio ineſt rei, & propterea peteret, quod jam habet, contra regulam: *Quod meum eſt, amplius meum fieri non poteſt.*

Si vero ex primo teſtamento acceperit æſtimationem, rem ipſam ex ſecundo petere poteſt. Ratio: quia, qui fundum v. g. habet, habet etiam æſtimationem, ſaltem intrinſecam; qui autem habet æſtimationem, non habet ipſam rem. *Schamb. hic.*

Q. III. Si legatarius ex primo teſtamento acceperit æſtimationem, & hæres in ſecundo ſcriptus rem redimere nequeat, an adhuc ſemel æſtimationem præſtare debebit? Videtur quod ſic, quia legatarius nondum habet rem: deinde quantitas ſæpe legata, ſemper debetur; ergo etiam æſtimatio. Sed contrarium verius eſt: *quia æſtimatio eſt loco rei*; ergo ſicut rem non poteſt iterato petere, ſic nec æſtimationem iterato petere poteſt. *Schamb. loc. cit.*

Ad rationem dubitandi I. dico, rem tunc deberi, ſi ejus acquiſitio ſit hæredi poſſibilis.

Ad II. dico, quantitatem ideo ſæpius prætendi poſſe, quia ſumma multiplicari poteſt: eadem res ſæpius præſtari non poteſt. *Harp. n. 12.*

§. Ea quoque res. 7.

Legari poſſunt non tantum res, quæ in rerum natura ſunt, ſed & quæ nondum exiſtunt, futuræ tamen ſperantur, v. g. *fructus, qui naſcentur*, item, *proles ex ancilla, quæ prodibit.* Ratio: *quod eſt in ſpe, idem eſt, ac ſi eſſet in re.* Tale tamen legatum conditionale non eſt, ſed pro puro habetur, unde legatario ante nativitatem fructuum, vel partum prolis defuncto, transmittitur ad hæredes. *l. 8. §. fin. ff. de condit. Mènz. n.* 4. Ratio aſſignatur *ex l. conditione extrinſecus. 99. ff. de condit. & demonſt.* ubi dicitur, quod conditiones extrinſecus non ex teſtamento venientes, i. e. quæ tacite ineſſe videntur, non faciant legata conditionalia, ſubintellige, ut Duarenus, plerique alii interpretantur, *quad transmiſſionem*. Dixi non ex *teſtamento* venientes, nam quæ deſcendunt ex teſtamento, i. e. ex verbis, aut ex tacita voluntate teſtatoris, transmiſſionem impediunt *arg. l. 5. ff. quando dies legat. ced. Hunn. ad Treutl. vol. 2. diſp. 13. q. 12.*

§. Si

§. Si eadem res. 8.

Subjicitur in hoc §. Jus accreſcendi, quæ materia, teſte omnium Interpretum judicio, ſubtilis, obſcura, difficilis, involuta, totoque fere Jure diffuſa eſt.

10 Definitur hoc Jus accreſcendi, quod ſit *Jus, quo portio vacans, accreſcit portioni occupatæ.* Hoc Jus accreſcendi æquiparatur alluvioni. *l. 33. ff. de uſufr. & quemad* & quidem haud inepte: nam ſicuti alluvio tacitum, latensque inducit incrementum, ita id, quod accreſcit, latenterque ipſo Jure accreſcit, i. e. ſine ullo prorſus facto pars vacans cedit occupatæ.

Hoc Jus accreſcendi habet locum in iis, quæ ultima voluntate relinquuntur, ſive titulo univerſali, ſive particulari. Alter tamen ſi univerſali, alter ſi particulari, de quo ut recta methodo agamus,

Solvimur a portu, pateant nunc carbaſa venti.

11 I. Itaque Jus accreſcendi locum habet inter cohæredes teſtamento ſcriptos, v. g. *Titius, & Mævius mei hæredes ſunto*, in hoc caſu ſi Mævius moriatur ante aditam hæreditatem, aut repudiet eam, Titius capit univerſam hæreditatem, & quidem *Jure accreſcendi*, quod ideo introductum, ne teſtator partim teſtatus, partim inteſtatus decedat contra regulam. *l. Jus noſtrum 7. ff. de R. I.*

Et hoc Jus accreſcendi non tantum tunc habet locum, quando teſtator Titium, & Mævium conjunctim ſine aſſignatione partium hæredes inſtituit, verum etiam ſi eos ſeparatim vocaverit ad hæreditatem, v. g. *tertam cuilibet partem, vel rem relinquendo.* Vel ſi unum tantum hæredem ex parte, vel ex certa re hæreditatis inſtituerit, tunc enim ejusmodi inſtitutio ſe extendit ad univerſum Jus defuncti, quaſi univerſaliter facta eſſet ſine mentione partis, vel rei certæ. Ratio non eſt alia, quam ne defunctus pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus decedat, quod fieri non poteſt, quia actus teſtandi eſt individuus. *Zoeſ. ff. h. t. n. 36.*

Dicta, quod videlicet inſtitutus in re certa totam hæreditatem acquirat, procedunt, ſi is non habeat cohæredem univerſalem, tunc enim inſtitutus in re certa habetur loco legatarii, & omnia accreſcunt hæredi univerſali, & nihil hæredi in quota inſtituto, ex re enim ſingulari inſtitutus eſt loco legatarii. *l. 13. C. de hæred. Inſt. Gomez var. reſol. c. 10. n. 13.*

II. Jus accreſcendi locum habet inter legatarios, tunc ſcilicet, quando res iisdem conjunctim relicta eſt, ubi ſcitu dignum & neceſſarium, quid ſit conjunctio, & quotuplex.

Conjunctio *definitur, quod ſit duorum vel plurium legatariorum ad unam eandemque rem vocatio*, quæ tunc contingit, ſit una eademque res duobus ab eodem teſtatore legatur. 12

Iſta conjunctio triplex eſt, *realis, verbalis, & mixta.*

Conjunctio *realis* eſt, quando duo, vel plures re tantum ſunt conjuncti. Re autem tantum conjuncti illi dicuntur, quibus eadem res ſub diverſa ratione relinquitur, v. g. *Titio fundum*

meum

meum do, lego. Sempronio eundem fundum do, lego. Et illi, qui re tantum conjuncti ſunt, *proprie, & in ſpecie disjuncti apellantur. Harp. hic. n. 4.*

Conjunctio *verbalis* eſt, quando duo verbis tantum ſunt conjuncti. Verbis autem tantum conjuncti dicuntur, quibus eadem res legatur, datis partibus ſub una oratione v. g. *Titio & Sempronio fundum Tuſculanum æquis partibus do, lego.*

Conjunctio *mixta* eſt, quando duo re & verbis conjunguntur. Re & verbis autem conjuncti dicuntur, quibus eadem res in una & eadem oratione non expreſſis partibus relinquitur, v. g. *Titio & Sempronio fundum meum Tuſculanum do, lego. Zoeſ. ff. h. t. n. 29. & Hunn. ad Treutl. h. t. th. 3.*

His præmiſſis Q. in hoc §. quid juris ſit, ſi una eademque res pluribus conjunctim relinquatur? ℞. Inter omnes ſine diſſidio convenire in conjunctione reali, & mixta, legatarios in concurſu facere partes, ut nimirum inter eos æqualiter legatum dividatur. Si vero alter eorum deficiat, tunc legatum totum ad ſuperſtitem, ſive collegatarium Jure accreſcendi pertinere. *text. hic. & in l. un. C. de cad. toll.* Ratio eſt in præſumpta teſtatoris voluntate, qui, cum legatarios conjunxit, præſumitur voluiſſe potius, ut unus totam rem habeat, quam hæres. *Maur. n. 4. Schamb. hic. verſ. obſerv. 2.*

Dices: in conjunctione reali, & mixta potius videtur habere locum Jus non decreſcendi, quam accreſcendi, eo quod uterque ab initio in tali conjunctione ſolidum habeat. ℞. Id tamen dici non poſſe, cum ſolidum ab initio ſtatim, non exſpectato eventu alterius deficientis, prætendere nullus poſſit, ut proinde ſolidum ſimpliciter non habeat, ſed conſiderato caſu alterius deficientis; adeoque ſub diverſo reſpectu videtur habere locum Jus accreſcendi, & Jus non decreſcendi. Jus non decreſcendi: quatenus ſinguli conſiderantur, ut habentes ſolidum in caſu deficientis alterius: Jus accreſcendi, quatenus conſiderantur, ut habentes partes, in concurſu utriusque, tota igitur res ab eventu pendet, illo ſcilicet, num alter concurrat, num deficiat. Si reſpectus habeatur ad caſum concurſus, videntur habere partes, & per conſequens locus eſt Juri accreſcendi. Si reſpectus habeatur ad caſum defectus, videtur uterque habere ſolidum, adeoque Jus non decreſcendi locum ſortitur. Quidquid ſit de nomine, quia de lana caprina forer, diſceptare non vacat. *Schamb. hic verſ. obſerv. 2.* An in conjunctione verbali tantum Jus accreſcendi locum habeat, diſcutiemus alibi.

§. Si cui fundus. 9.

In hoc §. proponitur talis caſus: Legatus eſt mihi fundus Cornelianus 300. ſolidorum, ego poſtea emi a Cornelio domino fundi nudam proprietatem 100. ſolidis, relicto ei uſufructu; ſucceſſu temporis accidit, ut uſusfructus finiretur vel per mortem Cornelii, vel per capitis diminutionem, & mihi conſolidationis Jure, adeoque gratis, ſine onere, & pretio ac-

accederet, idque vivo adhuc teſtatore. Q. an ex teſtamento totius fundi, i. e. proprietatis, & uſusfructus æſtimationem petere poſſim, & non duntaxat proprietatis?

Videtur, quod tantum æſtimationem proprietatis, non etiam uſusfructus. Ratio: quia ſola proprietas ex cauſa oneroſa delapſa eſt ad legatarium: uſusfructus vero ex cauſa lucrativa. Diximus autem ſupra, quod duæ cauſæ lucrativæ in eundem hominem concurrere nequeant.

Hoc non obſtante, ℞. Julianus hic, *& in l. 82. §. 2. ff. de legat. 1.* quod totum fundum petere poſſim, eo quod uſusfructus tantum ſe habeat per modum acceſſorii, & ſervituris locum obtineat, non autem pars ſit rei, ſive dominii. Et hoc de rigore Juris procedit: aliud de æquitate obtinet, qua inſpecta, Judex ſolummodo hæredem condemnat ad æſtimationem proprietatis, non etiam pretium uſusfructus. *text. hic. & Harp. n. 4.* Pari ratione, ſi res alicui legata ſit, & is partem emerit a vero domino, altera vero pars ei ſit donata, vel quocunque alio titulo lucrativo acquiſita: actione ex teſtamento tantum ad pretium partis emptæ agere poterit. *d. l. 82. §. 3. Perez. Inſt. hic.*

§. Sed ſi rem. 10.

13 Res legatario propria legari non poteſt, ita, ut neque res, neque æſtimatio debeatur. Ratio: quia quod meum eſt, amplius meum fieri non poteſt. *text. hic. & §. 14. de act.* & non poteſt dominium, niſi ex una cauſa, nobis contingere. *Harp. n. 12.*

Sed quid, ſi legatarius rem ſuam, ſibi legato relictam, poſt teſtamentum factum alienaverit, ſicque res ipſius eſſe deſierit? ℞. nihilominus legatum inutile eſſe. *text. hic. & l. 41. §. 2. ff. de legat.* Ratio deſumitur ex regula Catoniana, quæ ſic habet: *Quod legatum ab initio non valeat, tractu temporis non convaleſcit. l. 1. de regula Caton. & cap. 18. de R. I. in 6.*

Obtrudes *l. 1. §. fin. ff. de reg. Caton.* ubi Celſus in hæc verba reſcribit: *Item ſi tibi legatus eſt fundus, qui ſcribendi teſtamenti tempore tuus eſt, ſi eum vivo teſtatore alienaveris,* NB. *legatum tibi debetur, quod non deberetur, ſi teſtator ſtatim deceſſiſſet.* En! ſtude, ut contrarietur lex iſta noſtro § ita, ut Hotomannus ſibi perſuadeat, eo operam locari loco, ſi conciliationi manus admoveatur, quo poneret, qui circulum quadrare niteretur.

At ego, ſi res accuratiori lance trutineatur, exiſtimo, facile iſtos textus poſſe in concordiam reduci, ſi dicatur in caſu *d. l. 1. §. fin.* legatum fuiſſe conditionale: *Lego tibi fundum illum, ſi vivo me alienaveris.* Si hoc, regula Catoniana ceſſat, utpote quæ tantum in legatis puris ſortitur locum, non etiam conditionalibus. *L. cætera. 41 §. tractari. ff. de legat. 1. & l. 4. ff. de reg. Caton. Schamb. hic. Harp. n. 6. Hunn. ad Treutl vol. 2. diſp. 13. q. 25. Arumæa exercit. 9. th. 5.*

§. Si

§. Si quis. 11.

14 In hoc §. duæ quæſtiones proponuntur. I. Si quis putet rem, quam legat, eſſe alienam, & tamen ſit ſua. Q. *An tale legatum valeat?* R. *in textu*, quod ſic. Ratio: quia favore ultimæ voluntatis plus valet, quod in veritate eſt, quam quod in opinione. Ratio alia: quia quisque præſumitur facilior ad legandas res proprias, quam alienas. *Marz. n. 1.*

Dices: noſtræ regulæ e diametro refragatur illa regula, quæ traditur *l. 15. ff. de acq. hæred.* ubi dicitur; *Plus valet, quod in opinione eſt, quam quod in veritate.* Sic is, qui putat ſe hæredem neceſſarium, cum ſit voluntarius, non poteſt repudiare hæreditatem; ergo. R. plus valet id, quod in opinione eſt, quam quod in veritate eſt, ſi opinio pugnet cum voluntate, *conc.* ſi opinio non pugnet cum voluntate, ſed tantum cum veritate, *neg.* ſic volens committere fornicationem, credens ſe cognoſcere perſonam liberam, quæ tamen a parte rei maritata eſt, licet a parte rei adulterium committat, adulter tamen non eſt, quia plus valet, quod in opinione eſt, quam quod in veritate, cum opinio pugnet cum voluntate; quia, ſi sciviſſet eſſe conjugatam, illam non cognoviſſet: ſic & is, qui putat ſe hæredem eſſe neceſſarium, cum ſit voluntarius, non poteſt repudiare hæreditatem: quia non cenſetur velle repudiare, qui ſe putat neceſſarium, cum ſciat, quod neceſſarius repudiare non poſſit: ſiquidem aditio vel repudiatio in mera, ac prorſus libera voluntate conſiſtit.

Quod ſi opinio tantum cum veritate pugnet, plus valet, quod in veritate eſt, quam quod in opinione. Sic is, qui vult legare rem, quam putat eſſe alienam, a fortiori illam vult legare, ſi ſit ſua. Sic etiam, qui putat ſe a non domino emiſſe, ſi tamen a vero domino tradatur, verum acquirit dominium. *l. pen. §. 1. C. de jur. & fact. ignor. Schamb. hic. Harp. n. 4.*

II. Quæſtio eſt: ſi teſtator putavit rem legatam eſſe legatarii, & eam legatario legavit, cum tamen ejus non ſit, an valeat legatum? R. valere. Ratio: quia præponderat errori voluntas teſtatoris, præſumitur enim legatarium honorare, nec actum inutilem facere voluiſſe. *l. 109 ff. de legat. 1.* Alia ratio habetur in textu: quia exitum voluntas teſtatoris habere poteſt.

Dices: dando alteri rem, quam puto eſſe ejus, non transfero dominium, quia non eſt voluntas transferendi. *l. 3. §. 8. ff. de condict. cauſ. dat.* ergo etiam non valebit legatum, quia deeſt animus legandi R. ex favore ultimæ voluntatis præſumi, quod teſtator velit omnem rem legatam præſtari, ſi poſſit, hoc autem caſu poteſt; ergo ſi teſtator rem, quæ legatarii eſt, leget, non ideo non valet legatum, quia animus legandi deeſt, ſed ideo, quia voluntas ejus effectum ſortiri non poteſt. *Schamb. hic.*

§. Si rem. 12.

15 Hoc §. talis caſus proponitur: Teſtator legavit in teſtamento Titio fundum ſuum v. g. Tuſculanum, poſtea autem eundem fundum adhuc vivens alienavit, oritur dubium, *an alienando cenſeatur legatum revocare?* Celſus exiſtimat, ſi non adimendi animo vendidit, adhuc deberi, ratio: quia legatum omnino præſtandum eſt, niſi conſtet, quod teſtator id aut revocaverit, aut ademerit. *l. 4. ff. de adim. vel transferend. legat.*

At ain! quando teſtator cenſeatur animo adimendi legatum diſtraxiſſe? Quamvis hoc difficile ſit cognitu, quia voluntatis quæſtio eſt; puto tamen *hujus diſtinctionis* ope rem dirimi poſſe, an teſtator rem diſtraxerit ex neceſſitate rei familiaris ductus, an ſua ſponte, ſive mera & nuda voluntate.

Si ſua ſponte rem diſtraxerit, revocaſſe legatum cenſetur. *l.* 11. §. 12. *ff. de legat.* 2. niſi legatarius probet non fuiſſe voluntatem, & animum defuncti legatum adimendi *Schneid. n. 4.*

Si ex neceſſitate rem diſtraxerit, forte, quia pecunia parata indiguit, vel quia res legata erat peritura, legatum non videtur revocatum, ſed hæres rem legatam tenetur redimere, aut æſtimationem præſtare, niſi probet, cum neceſſitate animum adimendi legatum conjunctum fuiſſe. *d. l.* 11. §. 12. *ff. eod. & l.* 18. *ff. de adim. legat.*

Ad ℣. Idem.

16 Quid ſi res legata poſt factum teſtamentum a teſtatore fuerit oppignorata, cenſeturne tunc quoque legatum ademptum? ratio dubitandi: quia oppignoratio eſt ſpecies alienationis.

Sed ℞. non cenſeri ademptum, ſed legatarius hæredem compellere poterit, ut rem oppignoratam a creditore luat, ſibique reſtituat. Ratio: quia res oppignoratæ manent in dominio teſtatoris, ut proinde cum res bonis teſtatoris non eximantur, nec legatum ademptum cenſeatur, *Mann. n. 9.*

Quam diſtinctionem dedimus circa alienationem totius legati, eadem adhibenda eſt circa alienationem partis. Ratio: quia quod Juris eſt de toto quoad totum, idem Juris eſſe debet de parte, quoad partem. *l. 7. ff. de R. J. Harp. n. 3. & 4.*

§. Si quis debitori. 13.

17 Quid ſi creditor debitori ſuo liberationem legaverit, eſtne utile tale legatum?

Dixeris, quod non: quia res ſua nemini legari poteſt; ſed quod aliquis debet, illius adhuc dominus eſt. *l. 2. ff. de libert. legat.*

Sed contrarium deciditur. Ratio: quia non videtur legata res ipſius debitoris, ſed liberatio, quæ eſt in facultate creditoris. *Mann. n. 2. & 3.* Adeo autem utile eſt tale legatum, ut legatarius hæredem compellere poſſit, ut liberet eum, & inſtrumenta obligationum reſtituat. *text. hic.* Non tamen debitor liberatur ipſo Jure, ſed ope

ope tantum exceptionis. Ratio: quia legatum non eſt modus tollendi obligationem. *Schamb. hic.* Niſi legatarius ab hærede petierit, ut ſe per acceptilationem liberet, v. g. hoc modo: quod ego promiſi defuncto, tu hæres, habesne acceptum? tunc enim ipſo jure liberatur; acceptilatio enim eſt modus tollendæ obligationis. *Schamb. hic.*

Sicut in perpetuum liberatio legari poteſt, ita etiam poteſt teſtator jubere, ne intra certum tempus a debitore debitum exigatur: & tunc pro eo tempore non poteſt peti uſura, nec pœna. Nam ubi nulla eſt petitio, ibi nulla mora eſt. *Schneid. n. 4.* Uſuræ autem debentur ex mora. *l. 32. §. 2. ff. de uſur. Manz. n. 14.*

§. Ex contrario. 14.

Quid ſi vero e contrario debitor creditori ſuo debitum legarit, valetne legatum? *R. cum diſtinctione:* Si nihil plus eſt in legato, quam in debito, inutile eſt legatum, v. g. ſi is, qui debet 100. leget 100. Ratio: quia legatum eſt donatio, hoc autem caſu nihil donaret; ergo.

Si vero plus eſt in legato, quam in debito, tunc omnino valet: quia jam ſapit donationem. Hinc ſi debitum ſit in diem, vel ſub conditione, & illud legetur pure, legatum eſt utile, propter repræſentationem, h. e. propter præſentem ſolutionem. Id enim lucratur creditor, quod accipiat ſtatim poſt mortem debitoris id, quod poſt certum tempus, aut poſt eventum conditionis eumprimis præſtandum erat, aut quod interdum nunquam daretur, ſi forte conditio non extitiſſet. *Manz. n. 6.*

Idem eſt, ſi cauſa, aut loco plus ſit in legato, quam in debito; enim vero & tunc legatum utile erit, v. g. ſi aliquid debeatur in genere, & illud legetur in ſpecie; vel ſi debeantur centum Romæ, illorum ſolutio legetur Viennæ. Vide *Manz. n. 7. & ſeqq.*

Ad verſ. Quod ſi vivo

Q. hic, quid ſi autem in legato in diem, vel ſub conditione, vivo teſtatore dies venerit, vel conditio extiterit, eſtne nihilominus legatum utile? In exemplo: debui Sempronio 100. ſolvendos poſt triennium, & legavi pure, hoc in caſu, ut dictum, utile eſt legatum.

Quid ſi autem vivam adhuc per triennium, & dies ſolutionis adveniat, manetne utile? dixeris, quod non: quia commodum repræſentationis, i. e. præſens ſolutio ceſſat, & nihil amplius eſt in legato, quam debito: præterea res devolvitur in illum caſum, a quo non poteſt inchoare. Quæ poſterior ratio movit Paulum JCtum in *l. debitor. 82. ff. de legat. 2.* ut velit, tale legatum non valere.

Sed *Imperator* rejicit ſententiam Pauli, ſtatuitque ſecutus Papinianum in *l. 5. ff. ad ſal.* quod nihilominus utile ſit legatum. Ratio eſt in textu: quia ſemel conſtitit. Quod *Manz. hic n. 14.*

ita explicat: quia potuit habere locum repræſentatio; potuit enim fieri, ut debitor ante diem moreretur, aut conditio non exſteret. Inſpiciendum ergo eſt, quod evenire poteſt, & id potius, quod eſt in aptitudine, quam quod eſt in actu.

Ad rationem dubitandi R. quod dicta regula non procedat, cum caſus ſuperveniens tendit ad eundem finem, quem non tam impedit, aut deſtruit, quam promovet. *Zoeſ. ff. h. t. n. 21. Menn. n. 15.*

Hinc regula illa: non eſt novum, ut quæ ſemel utiliter conſtituta ſunt, durent, licet ille caſus exſtiterit, a quo initium capere non potuerunt. *l. 85. §. 1. ff. de R. I.*

§. Sed ſi uxori. 15.

18 Pro hujus §. intellectu nota I. Quod de Jure communi do, ſoluto matrimonio revertatur ad uxorem, ſeu partem dotantem. *l. 2. ff. ſolut. matrim.* niſi pactum de lucranda dote intervenerit. *Schneid. n. 1.* Et quidem hodie, ſi dos conſiſtat in bonis immobilibus, tunc ſtatim: ſi in immobilibus, non niſi intra annum reddenda eſt. *L. un. §. cum autem C. de rei uxor act. Schamb. hic.*

Nota II. quod maritus habeat beneficium competentiæ adverſus uxorem, quæ dotem repetit, h. e. non poteſt ultra id, quod facere poteſt, conveniri. *l. 12. ff. ſolut. matrim.* His prælibatis,

Q. *An valeat legatum, ſi maritus uxori dotem releget?* Dixeris non valere: quia res ſua nemini recte legatur, ſed dos jam ante eſt uxoris, cum naturale ejus dominium habeat. *l. 30. C. de jur. dot.*

Contrarium ſancit hic *Imperator.* Ratio: quia plenius eſt legatum, quam de dote actio. I. Propter commodum repræſentationis: quia legatum ſtatim peti poteſt, dos autem, ſi in re mobili conſiſtat, non niſi intra annum reddenda eſt. II. Si pacta dotalia uxori incommoda ſint oppoſita, cenſentur illa caſſata. *l. 6. ff. h. t.* III. Si maritus in dotem expenſas fecerit, cenſentur remiſſæ. *d. l. 1. §. 2. ff. h. t.* IV. Quia marito & liberis ex eodem matrimonio natis competit in actione dotis beneficium competentiæ: legata autem in ſolidum perſequimur, neque eis obſtat hoc beneficium. *Schamb. hic.*

Ad verſ. Sed ſi.

Q. hic, quid ſi maritus uxori dotem legaverit, quam non accepit? R. *cum diſtinctione l. 1. §. 8. ff. h. t.* vel maritus ſimpliciter dotem non expreſſa ulla dotis quantitate legavit, & non valet legatum, quia cum nihil ſit datum, nihil hoc legato continetur: & propter incertitudinem voluntas exitum habere non poteſt.

Vel expreſſit certum corpus, aut quantitatem, v. g. centum, quos mihi dotis nomine attulit, vel fundum Cornelianum, quem in dotem mihi dedit, do, lego uxori, & valet legatum, *text. hic.* Ratio: quia ſublato errore dotis manet favor legati, & dotis, & licet nullam dotem attulerit, tamen falſa demonſtratio, vel cauſa adjecta legatum non evertit. *Menn. n. 12.*

§. Si

§. Si res legata. 16.

19 Q. Si res legata pereat, cuinam, an legatario interitus iſte noceat, an hæredi, ita ut hic æſtimationem adhuc præſtare teneatur? R. *textus: Si res legata ſine facto hæredis pereat, legatario decedit.* Ratio quoad legatarium: quia res perit domino; *l. 6. & 9. C. de pignorat.* atqui dominium rei legatæ accedit a morte teſtatoris legatario; ergo. Ratio quoad hæredem: quia interitus rei in ſpecie debitæ ad creditoris periculum ſpectat. *§. 3. Inſt. de empt. & vendit. & l. 15. qui 45. ff. de O. & A. Morz. n. 2.*

Dixi *Interitus rei in ſpecie debitæ*: nam ſi aliquid in genere, vel quantitate relictum ſit, v. g. *centum floreni*, & illos amiſerit hæres, dum voluit ſolvere, eapropter non liberatur. Ratio: quia genus perire non poteſt, ſicut nec quantitas. *Schamb. hic. Schneid. n. 3.*

Dixi II. *citra culpam.* nam ſi culpa, ſive, ut Imperator loquitur, facto hæredis res perierit, hæredi perit, ita, ut teneatur legatario præſtare rei æſtimationem. Ratio: quia factum cuique ſuum, non aliis nocere debet, *l. 155. ff. de R. J.* & caſum præſtat, cujus culpa præceſſit. *l. 30. §. 4. ff. ad leg. fal.*

Dixi III. *vel citra moram.* Nam ſi hæres moram commiſerit, & præſtationem legati diſtulerit, non liberatur. Ratio: quia mora culpæ ſpecies eſt. *c. un. ✠ de commodat.* & mora cuilibet ſua, non aliis nocere debet. *c. mora. 25. de R. J. in 6.*

Ad verſ. Si vero.

Quid ſi ſervus hæredis legatus ſit, & ipſe hæres eum manumiſerit? R. *textus*, hæredem teneri (puta ad æſtimationem, nam libertas ſervo ſemel data revocari non poteſt. *arg. §. 6. quib. ex cauſ. manumitt. non licet*) nec refert, ſive ſciverit, ſive ignoraverit ſervum legatum eſſe; licet enim regulariter juſta ignorantia excuſet, tamen hic nocet, quia hæres defuncti factum præſtare tenetur, cum ex defuncti perſona lucrum ſentiat. *Morz. n. 9.*

§. Si quis ancillas. 17.

20 Contingit quandoque, eidem res plures legari, unde oritur quæſtio: *ſi una ex illis rebus pereat, an debeatur adhuc altera?* R. *cum diſtinctione:* vel ſunt tales res, quarum una non accedit alteri, ſive non eſt alteri acceſſoria, ſed habet ſe per modum principalis: vel ſunt tales res, quarum una eſt alteri acceſſoria.

Si prius, licet una res pereat, altera tamen debetur. Ratio: quia intelliguntur duæ res principales legatæ. Unde ſi quis ancillam cum ſuis natis, ſive liberis legavit, licet mortua ſit ancilla, partus tamen debetur, ratio: quia partus non eſt in fructu, neque enim naturæ humanæ dignitas patitur, ut partus in fructu, aut acceſſione ſit. *Schneid. n. 3. & 4.*

Si

Si poſterius, extinguitur totum legatum. Ratio: quia acceſſorium ſine principali non poteſt ſubſiſtere. Unde ſi ſervus fuerit cum peculio legatus, mortuo ſervo, neque peculium debetur. Ratio: quia peculium loco acceſſorii eſt.

21 Ex eodem capite fuit, ſi quis fundum legaverit cum inſtrumentis, & deinde fundum voluntarie alienaverit, quod extinguatur legatum, ita, ut neque inſtrumenta debeantur, quia inſtrumenta vicem acceſſorii tenent.

Non obſtat, quod JCtus *in l. 1. ff. de inſtructo, vel inſtrum. legat.* dicat, duo legata eſſe. Nam hoc ita intelligendum eſt, quod unum ſit principale, alterum acceſſorium; ne alias in eadem lege admittatur contradictio. *Manz. n. 7.* Iſta alta pace transeunt Sed

Quid, ſi dixerit teſtator: *Lego fundum inſtructum?* Idem Juris eſſe ſtatuit textus §. noſtri: *idem eſt, ſi fundus inſtructus, vel cum inſtrumento legatus fuerit.* Sed vehementer, & quaſi e diametro

Adverſatur *l. 5. ff. de fundo inſtruct.* ubi ita ſcribitur: *Si cui fundum, & inſtrumentum ejus legare vis, nihil intereſt, quomodo leges: fundum cum inſtrumento, an fundum, & inſtrumentum, an fundum inſtructum. Imo contra: nam inter ea legata hoc intereſt, quod ſi fundo alienato mortuus fuerit, qui ita legavit, ex hac ſcriptura: fundum cum inſtrumento, nihil erit legatum, ex caeteris poterit inſtrumentum eſſe legatum.* Varii iterum varia pro conciliatione in medium producunt. *Schamb. hic.* ait obſervandum eſſe, duplicia haberi a patrefam. inſtrumenta, quædam ad culturam neceſſaria; quædam, quæ paterfam. habet, ut fundus magis inſtructus ſit. *l. 12. §. ſed ſi fundus. 27. ff. h. t.*

Si legatus ſit fundus cum inſtrumento, ſola neceſſaria veniunt, & acceſſoria, quæ pereunte legato etiam pereunt: ſi fundus inſtructus, etiam reliqua inſtrumenta, quæ paterfam. propria habet, debentur, & pereunte legato, hæc non pereunt, quia non ſunt acceſſoria.

§. Si grex. 18. cum §. 19.

22 Quid ſi grex ovium fuerit legatus, & poſtea totus ad unam pervenerit; Q. *An legatarius unicam illam ovem petere, & vindicare poſſit?*

Dixeris, quod non; quia re legata pereunte, legatum non debetur. §. 19. ſupra: ſed ſi grex oviam ad unam reducitur, grex perit, quia decem conſtituunt gregem. *l. 3. de abig.*

Contrarium hic deciditur, ratio: quia legato grege, & ſic quodam totali, ſingulæ ejus partes legatæ cenſentur. *l. 22. ff. de legat. 1.*

Ad verſ. Grege.

Ex hoc v. obſerva, quod ſi poſt teſtamentum augeatur numerus gregis, h. e. ad 150. aſcendat, cum tempore teſtamenti facti tantum 100. erant, augmentum legatario debeatur. Ratio. quia grex non minus eſt univerſa-

ſale corpus, quam ædes: ſicut ergo ædibus legatis columnæ, & marmora, quæ poſt factum teſtamentum adjecta ſunt, legato cedunt, ita & oves, quæ poſt teſtamentum gregi adjiciuntur. Ratio utriusque: quia univerſalia corpora recipiunt augmentum, & decrementum, & tamen ſemper ſunt eadem; atqui tam ædes, quam grex ſunt corpora univerſalia; ergo. *Manz. hic. n. 5.*

Contra dicta *objicies*: Mortuo bove, qui legatus erat, neque corium, neque caro debetur; *l. 49. ff. de legat. 2.* ergo mortuo grege una ovis non debebitur. ℞. Diſparitatem eſſe, quod legato grege, ſingulæ oves cenſentur legatæ: bove autem legato, bos eſt legatus, non etiam reliquiæ bovis. *Schamb. hic. n. 12.*

Urges per *l. fin. ff. quibus modis uſusfruct. amitt.* ubi dicitur: *Cum gregis uſusfructus legatus eſt, & uſque eo numerus pervenerit gregis, ut grex non intelligatur, i. e. non ſint oves decem, perit uſusfructus;* ergo etiam perit hic legatum. ℞. *Conc. ant. neg. conſ.* Diſparitas eſt: quia uſusfructus facilius perit, quam proprietas; ſed quæ ratio hujus? *Schamb.* hanc aſſignat, ut aliquid ad proprietarium adhuc perveniat, ne proprietas ei reddatur plane inutilis. Sicut autem legatarius unam adhuc petere poteſt ovem, ita etiam poteſt petere plures, ſi grex poſt factum teſtamentum auctus ſit, quidquid enim legato huic accedit, vel decedit, accedit & decedit legatatio, ſemper eſt enim grex *l. 21. ff. de legat.* 1. qui neque accretione, neque decretione mutatur, ſed idem manet. *l. 21. §. 1. ff. de except. rei jud. Schamb. hic. & Harp. n. 5.*

§. Si peculium. 20.

23 Pro faciliori hujus § intellectu obſervandum eſt, quid ſit cedere diem, & venire diem. Cedere dies dicitur, quando res incipit deberi. Venire dicitur, quando res peti poteſt. *l. 213. ff. de V. S.* Fac v. g. *Titius mihi promittat dare centum prima die Septembris.* Hoc in caſu ſtatim a die factæ promiſſionis dicitur cedere dies, quia centum incipiunt deberi; ſed veniſſe dies non dicitur, hinc ante primum diem Septembris iſtos centum petere non poſſum. *Schweid. n. 8.*

Dices: ad quid prodeſt ceſſiſſe diem, & non veniſſe? numquid inanis eſt illa ceſſio? ℞. Ad hoc prodeſſe, quod ceſſio diei operetur transmiſſionem, h. e. quod rem illam, cujus dies ceſſit, ſive quæ incepit deberi, transmittat ad hæredes, ſi contingat, legatarium mori, priusquam dies veniat, quia omnia ea transmittuntur ad hæredes, quæ debentur, ſed ea, quæ ceſſa ſunt, debentur; ergo *Manz. n. 12.* his præmiſſis,

Q. Quando ergo dies legati cedat? ℞. *cum diſtinctione:* aut eſt legatum purum, aut in diem certum, aut conditionale.

Si eſt legatum purum, tunc ſtatim a die mortis cedit, & venit dies, adeoque tale legatum ad hæredes tranſmittitur, licet legatarius decedat ante aditam hæreditatem. *l. 5. ff. quando dies legat. ced.*

Si eſt legatum in diem certum, tunc quidem ſtatim poſt mortem teſtatoris cedit, ſed non venit dies, adeoque ante adventum diei peti non poteſt. *d. l. 5.*

Si eſt legatum conditionale, vel in diem incertum, tunc ante conditionis exiſtentiam, aut diei adventum neque cedit, neque venit, dies ac proinde legatum non debetur, neque etiam pendente conditione & die per legatarium ad hæredes ſuos tranſmittitur. *l. 4. & 5. §. 2. l. 21. ff. eod. Schneid. n. 5. 6. & 7.*

Sicut in legato conditionali ante diei, aut conditionis adventum neque cedit, neque venit dies, ita etiam in uſusfructus, aut alterius ſervitutis, vel Juris perſonalis legato neque cedit, neque venit dies ante aditam hæreditatem, *l. 2. & l. 8. ff. eod.* Ratio: quia ſi ante cederet, fruſtranea foret ceſſio, quæ inventa eſt propter tranſmiſſionem, ſed Jura perſonalia ad hæredes non tranſmittuntur. *d. l 2. & 3.* quia perſonalia perſonam non egrediuntur. *Manz. n. 21.*

Cætera, quæ de peculio, quod ſervo legatur, hoc in §. tractantur, cum in uſu non ſint, attendenda non ſunt. Quare ſi antiquitatum te teneat deſiderium, convertere ad *Manz. aut Schamb. hic.*

§. Tam autem. 21.

24 Docet in hoc §. *Juſtinianus*, non ſolum res corporales, ſed etiam incorporales lagati poſſe. Sic teſtator legare poteſt, quod ſibi debetur, licet debitum, & obligatio res tantum incorporalis ſit, v. g. dicit teſtator: *Titio do, lego mille, quos mihi Mævius debet.* Sed

Quomodo præſtabitur tale legatum? ℞. cedendo actionem *l. 75. §. 5. ff. de legat. 1.* Itaque, ſi hæres actionem illam, quam contra debitorem habet, legatario ceſſerit, liberatur, neque opus habet pecunias legatario ſolvere. *l. legatum. 105. ff. eod.* juxta regulam: obligatus ex eo, quia actionem habet, cedendo eam liberatur. *l. 51. ff. de peculio. Manz. n. 4.* Aſt qualem actionem conſequitur legatarius? ℞. ſi hæres actionem ceſſerit, conſequi directam, ſi non ceſſerit, utilem, qua idem conſequitur, quod directa *l. ex legato. 18. C. de Legat. Harp. n. 5. hic.*

Ad verſ. Niſi.

Quid ſi teſtator debitum, quod legavit, ipſe exegerit? ℞. legatum extingui. *text. hic.* Ratio: quia cenſetur mutaſſe voluntatem, & ademiſſe legatum. Ratio alia: quia legatum conſiſtit in obligatione, ſed ſolutione ejus, quod debetur, tollitur obligatio; ergo. Aliud eſt, ſi debitor ultro obtulerit debitum, tunc enim legatum non cenſetur revocatum. *text. in l. 11. §. 13. verſ. cum tamen. ff. de legat. 3.* Offerente enim debitore non potuit non accipere; ergo non videtur animum mutaſſe. *Zoeſ. ff. de ademend. legat. n. 29. Schneid. n. 6.*

Ad

Ad verſ. Sed & tale.

Non tantum res, ſed etiam facta legari poſſunt, v. g. Mævi damnas eſto Titio domum exſtruere. Ratio: quia & voluntas teſtatoris debet habere exitum, & tale legatum utile eſt, nec res tantum, ſed & facta in obligationem veniunt. *Harp. n 69.*

§. Si generaliter. 22.

Genus in ſenſu juridico proprie id dicitur, quod ſui natura pluribus ſeſe ſpeciebus communicat, & quod nomine quidem incertum, atque confuſum eſt, ſed per ſpecies contentas fieri certius poteſt. *Harp. n. 2.*

Hoc triplex eſt: *Genus generaliſſimum, genus ſubalternum, & genus infimum.*

25 Genus *generaliſſimum* eſt, quod ſupra ſe aliquod prædicabile non habet, *ut ens, res, ſubſtantia.* Genus *ſubalternum* eſt, quod continetur quidem ſub genere generaliſſimo, prædicatur tamen de pluribus differentibus ſpecie, ut *corpus, animal.* Genus *infimum* eſt, quod de pluribus differentibus numero prædicatur, ut *homo, bos, equus, &c.* & hoc vulgo a dialecticis vocatur ſpecies, ſicuti JCti ſpeciem nuncupant, quod Dialectici individuum vocant, v. g. *Stichus, Bucephalus, fundus, &c. Harp. n. 4. Schneid. n. 3. & Schamb. hic* His præmiſſis

Dico I. In genere generaliſſimo, ſeu ſubalterno, ſi legatum relictum ſit, illud eſt inutile. Veluti lego rem, animal. Ratio: ejusmodi legatum ridiculum, & deriſorium futurum eſſet, cum hæres rem minimam, vel muſcam ſolvendo ſe liberaret. Itaque de tertio duntaxat genere noſter §. tractat. Hinc

Dico II. Si in genere infimo legatum relictum ſit, referre, an legatum contineat individua, quæ habent certos, & determinatos fines a natura, veluti *bomo, equus, bos, &c.* & indiſtincte tale legatum valet, non attenta conſideratione, an teſtator tales res in patrimonio habuerit, nec ne? *L. Legato. 37. ff. de Legat. 1.*

An contineat dividua, quæ non habent certos fines a natura, ſed conſtituuntur hominis facto, ut *domus*, quæ poteſt a domino dividi interjectis parietibus in quotcunque domunculas voluerit: & hoc in caſu diſtinguitur, an teſtator tales res, & domus in patrimonio habuerit, quo caſu valet legatum: an teſtator non habuerit in patrimonio ædes, & tale legatum magis deriſorium eſt, quam utile. *l. 21. ff. de legat.* quia poſſet hæres luteam domunculum dando ſe liberare. *Schneid. n. 8. & ſeqq.* Idem quod de domo legata diximus, dic de fundo & vino legato. Si fundus, ſi vinum legatur: refert, num teſtator ea in patrimonio habuerit, quo caſu valet legatum: num non habuerit, quo caſu deriſorium eſt, eo quod pars glebæ fundus, & gutta vini vinum ſit. *Schamb. hic.* Jam libeat in ordinem, & explicationem noſtri §. reverti, pro cujus intellectu

Q. Si res in genere legetur, cujusnam

nam ſit electio: an hæredis, ut poſſit ſolvere, quod luber: an legatarii, ut poſſit accipere, quod placet? Regula quidem eſt, quod in alternativis electio ſit debitoris., *c. in alternativis, de R. I. in 6. & l. plerumque 10. ff. de Jure dot.*

℞. tamen *Imperator*, quod electio ſit legatarii, idemque confirmat *L. legato. 17. ff. de legat. 1.* Ratio: quia electio ad eum ſpectat, cui gratia eſt conceſſa. Ratio alia aſſignatur a *Schamb.* quia contractus ſtricte, ultimas voluntates laxe interpretamur. Non mirum proinde, quod in contractibus, ubi verſatur debitum genericum, aut alternativum, debitoris ſit electio.

Dicta procedunt, ſi teſtator aliud non dixerit, nam ſi ex verbis teſtatoris aliud poſſit colligi, optio danda eſt hæredi. Hinc ſi dixerit verba executiva ad hæredem, v. g. hæres meus damnas eſto dare Sempronio unum ex meis equis, tunc electio eſt hæredis. *Schneid. n. 15.* vel ſi res in genere legata, non ſit in patrimonio teſtatoris, tunc electio etiam hæredis eſt, v. g. Sempronio equum lego hoc in caſu, ſi nullum equum habeat, non poteſt legatarius aliquem eligere. *l. 2. ff. de opt. legat.* Ratio: quia electio in rebus alienis non conceditur. *Manz. n. 7. Harp. n. 13. & ſeqq.*

Sed quomodo ſit electio? ℞. legatarium civiliter eligere debere, h. e. nec optimum, nec peſſimum, ſed mediocre. *d. l. 37. Harp. n. 20.*

§. Optionis. 23.

26 Optionis legatum dicitur, cum teſtator jubet legatarium aliquam ex rebus ſuis optare, i. e. eligere, dicendo, v. g. *Semproni ex equis meis quem voles, elige, aut tibi vindica.* Differt a legato generis I. quod in legato generis mediocre eligi debeat: in hoc vero optimum poſſit eligi. *l. 2. ff. de opt. legat.* II Quod olim legatum fuerit transmiſſivum ad hæredes, legatario ante electionem decedente, *optionis vero non etiam ratio* eſt in textu: quia tale legatum reputabatur pro conditionali; conſtat autem ex ſupra dictis, quod *legatum conditionale, legatario ante eventum conditionis mortuo, ad hæredem ejus non transmittatur.* Dixi *olim*, hoc enim ex conſtitutione Imperatoris in meliorem ſtatum reformatum eſt, & hæredi legatarii licentia data optare, licet vivus legatarius hoc non fecerit. Ratio nulla eſt alia, quam favor ultimarum voluntatum. *Manz. n. 6.*

Ad verſ. Et diligentiore.

Si duobus, vel pluribus optio relicta ſit, & ipſi diſſentiant in corpore eligendo (nam homines ad diſſentiendum ſunt faciles) vel ſi uni legatario optio legata ſit, iſte vero plures hæredes reliquerit, qui in eligendo diſſentiant, dubitabatur olim, quid eſſet ſtatuendum. Aliqui ex JCtis volebant, perire legatum, alii in pendenti eſſe legati petitionem, donec conſenſiſſent; eo quod conditio defeciſſet, vel eſſet in ſuſpenſo.

Sed

Sed Imperator in *l. 3. C. commun. de legat.* ſtatuit, ſorte litem eſſe dirimendam, ut, quem ſors tetigerit, is ſolus poteſtatem eligendi haberet. Ratio eſt in textu: ne pereat legatum. *Mant. n. 7. & 8.*

Illud notandum, quod a ſortis, ſive fortunæ judicio nec appellari, nec contra eam reſtitutio in integrum peti poſſit, niſi fraudem interveniſſe quis probare velit. Ratio: quia fortuna in hoc mundo non habet ſuperiorem, ejusque dux DEUS eſt, ſecundum Salomon. *Proverb. c. 16. v. 43. Harp. n. 16. Schneid. n. 4.*

§. Legari. 24.

27 Hactenus de rebus, quæ legari poſſunt. Jam de perſonis, quibus legari poſſit, ſtatuitque *Imperator* illis legari poſſe, cum quibus eſt teſtamenti factio, puta *paſſiva*, h. e. qui hæredes ſcribi, atque inſtitui poſſunt. Favore tamen alimentorum receptum eſt, ut liceat etiam incapacibus, & qui teſtamenti factionem non habent, alimenta legare, v. g. *deportatis. l. 11. ff. de aliment. legat.*

§. Incertis. 25.

28 Olim ſicut incerta perſona hæres inſtitui non potuit, ita neque incertæ perſonæ legata, & fideicommiſſa relinqui poterant, eo quod certum debeat eſſe teſtatoris judicium. Quod adeo procedebat, ut neque a milite incertæ perſonæ legari potuerit. *text. hic.*

Incerta autem perſona illa dicitur, quam teſtator incerta opinione animo ſuo ſubjicit, veluti: *Quicunque filio meo filiam ſuam in matrimonium dederit, ei hæres meus illum fundum dato*, aut ita: *Qui primi a morte mea conſules deſignabuntur, ut hæres meus 100. ſolidos dato.* Tale legatum, inquit textus, olim non valebat. Dicitur autem *olim*, aliud enim de Jure novo obtinet, uti in §. 27. *h. t.* videbimus.

Ad verſ. Libertas.

Fit hoc in ℣. ampliatio ad præced. regulam, videl. quod nec libertas incertæ perſonæ legari potuerit, eo quod nominatim ſervis libertatem dare oportuerit, nominari autem nequit, qui incertus eſt.

Ad verſ. Sub certa.

Limitantur præmiſſa, ut in legato ſub certa demonſtratione non procedant. Hinc & olim potuit ſub certa demonſtratione, h. e. ex certo perſonarum numero incertæ perſonæ legari, v. g. *ex cognatis meis, qui nunc ſunt, ſi quis filiam meam uxorem duxerit, ei, hæres hortum meum dato.* Ratio: quia ſaltem disjunctive certum erat teſtantis conſilium. *Schamb. hic.*

Ad verſ. Incertis.

Q. hic: An ſi hæres legatum incertæ perſonæ relictum ſolverit, putans ex errore Juris ſe teneri, poſſit illud per conditionem indebiti repetere? R. *negative*: quia repeti prohibentur, quæ naturaliter debita ſolvuntur. *l. 5. §. ult. ff. quod quisque Juris.* Sic & legata ex imperfecto teſtamento ſoluta repeti non poſſunt. *l. 2. C. de fideicomm. Schamb. hic. & Harp. n. 12.*

§. Poſthumo. 26.

29 Poſthumus alienus ille dicitur, qui natus ſuus hæres non ſit, qualis eſt, qui ex filio emancipato concipitur, & naſcitur nepos. Item, qui ex filio in poteſtate conſtituto naſcitur nepos. Nam ut quis poſthumus ſuus dicatur, requiritur I. ut ſit in poteſtate, qualis non eſt conceptus ex filio emancipato. II. Ut primum gradum obtineat, qualis non eſt natus ex filio in poteſtate conſtituto. *Schamb. & Manz. hic.* Tali poſthumo alieno olim legari non potuit. Ratio: quia incertis perſonis legatum relinqui non potuit; atqui poſthumus alienus duplici ratione incertus eſt. I. num naſciturus ſit? II. num ſuus futurus ſit? Et quamvis etiam in ſuo poſthumo nativitatis dubium verſaretur, tamen *favor ſuitatis illam inſtitutionem conſervabat. Manz. n. 7.* Verum cum ſubtilis nimis erat hæc conſtitutio, ideo iſta omnia emendavit *Imperator*, uti mox audiemus.

§. Sed nec hujusmodi. 27.

Iſta omnia, quæ de incertis perſonis, & poſthumis alienis hactenus diximus, olim obtinebant. *Juſtinianus* autem ea correxit, atque hic illam correctionem in codice reperiri, quod de priori codice intelligas, neceſſe eſt, nam in hodierno codice non extat; ſatis tamen eſt, eam correctionem in noſtris Inſtitutionibus hic confirmari. Et licet, quia prior codex intercidit, nihil certi de correctionis ſynopſi conſtet, in hoc tamen communiter DD. conveniunt, quod primo incertæ perſonæ legari poſſit, modo tamen talis incerta perſona vel nunc, vel in futurum poſſit certificari, ſi autem certificari nequeat, voluntas eſt nulla. *Schamb. Manz. n. 2. Schneid. n. 4.*

Ad verſ. Tutor.

Licet, ut dictum, incertæ perſonæ legari poſſit, tutor tamen incertus dari non poteſt. Ratio eſt in textu: quia certo judicio debet quis pro tutela ſuæ poſteritati cavere. Ratio alia: quia teſtamentarius tutor liberatur a ſatisdatione, & ideo, quia fides a teſtatore ſatis probata præſumitur, quæ probatio in perſona incerta locum habere non poteſt. *Manz. n. 5.*

§. Poſt-

§. Poſthumus. 28.

Poſthumus, inquit *Imperator*, alienus hæres inſtitui, & ante poterat, & nunc poteſt. Nunc quod poſſit, liquet · quia, ut poſſit, conſtituit ea conſtitutione, cujus ſupra meminimus. Sed magnum exoritur dubium, quomodo *Imperator* hic poſſit aſſerere, & antea poſthumum alienum potuiſſe hæredem inſtitui, cum id *in* §. *26.* ſupra *h. t.* expreſſe neget?

Ego, ne inutili hac materia plus æquo me detineam, omiſſis aliorum conciliationibus, quarum IV. affert *Schamb.* puto hanc inter alias eminere: quod poſthumus alienus & ante, & nunc potuerit hæres inſtitui ſpectato Jure Civili. *Harp. n. 2. hic. & Menz. n. 4.* Senſus ergo talis eſt: ſicuti olim poſthumus alienus potuit de Jure prætorio hæres inſtitui, ita nunc poteſt de Civili.

Unus tamen caſus excipitur, ſi ſcilicet poſthumus ſit in utero ejus mulieris, quæ de Jure nuptias contrahere, vel uxor eſſe non poteſt: h. e. cum qua nemo de Jure nuptias contrahere poteſt, ſicut olim cum virgine Veſtali, & hodie cum Moniali.

Quantum autem ad legata attinet, ea poſthumo alieno relicta neque de Jure prætorio, neque de Jure Civili olim valebant. Ratio · quia Prætor non proſpiciebat legatis, ſed duntaxat hæreditatibus. Et cum Imperatori abſonum videretur, potuiſſe hæreditatem alicui poſthumo alieno relinqui, non vero legatum · fuit forte hæc ipſa ratio, quæ ad correctionem eundem inflexit.

§. Si quidem. 29.

30 Nota, quid ſit nomen, cognomen, prænomen, & agnomen, ut Publius, Cornelius, Scipio Africanus. Prænomen eſt, quod nomini anteponitur, ut in dato exemplo *Publius*. Nomen, quo quis vocatur, uti *Cornelius*. Cognomen, quod ad diſtinctionem familiarum aſſumitur. Agnomen, quod ab eventu, re geſta, vel alia de cauſa impoſitum eſt, v. g. *Cicero a cicere, Scipio Africanus a devicta Africa. Schamb. hic, Harp. n. 2.*

Q. Si teſtator in nomine, prænomine, cognomine, aut agnomine erraverit, an legatum valeat? ℞ nihilominus valere legatum, ſi de perſona conſtat. Hinc ſi teſtator ſcripſerit: lego Publio fratri meo, qui vocatur Marcus, legatum non vitiatur. Ratio eſt in textu: quia nomina ſignificandorum hominum gratia reperta ſunt, qui ſi alio quolibet modo intelligantur, nihil intereſt. Idem eſt, ſi in rei legatæ proprio vocabulo erratum fuerit, modo de re conſtet. Hinc ſi quis, fundum Sempronianum legaverit, qui vocatur Cornelianus, valet legatum. *l. 4. ff. de legat. 1.* quia de nomine non curatur, modo de corpore conſtet. *Harp. n. 9.*

Sed quid, ſi teſtator circa nomen appellativum erraverit, v. g. ſi quis cum vellet veſtem legare, ſuppellectilem adſcripſit, vel pro equo bovem. ℞. quod tunc legatum vitietur *d. l. 4.*

quia

quia nomina appellativa ſunt inventa cum rebus, ac proinde immutabilia, ſed hominum vocabula ſunt mutabilia. Nam fundus, qui hodie Cornelianus fuit, poteſt cras Sempronianus eſſe, mutato nimirum domino fundi. *Mant. n. 4. & 5.* Deinde talis error ſapit ſtultitiam, proinde intolerabilis. *Schmeid. n. 4.*

Sane, ſi nomina appellativa talia ſint, quæ ab impoſitione civili originem habent, ut ſunt artificum nomina, v. g. *pictor*, *piſtor*, *&c.* error circa ea legatum non vitiat, v. g. lego Titium piſtorem, qui pictor eſt, quia ly piſtor eſt per modum demonſtrationis adjectus, quæ falſa non vitiat, uti §. ſeq. dicemus. *Schamb. Harp. n. 12.*

§. Huic proxima. 30.

31 Sicut falſo legatarii nomine, ſic falſa demonſtratione rei legatæ legatum non vitiatur. Quare, ſi teſtator ita ſcribat: Sticho ſervo, quem a Cajo emi, do, lego, licet ab alio, quam Cajo emerit, tamen utile legatum eſt, modo de ſervo conſtet. Idem eſt, ſi falſa circumſcriptione deſignet legatarium, v. g. Joanni Medicinæ Doctori centum do, lego, licet Joannes Juriſperitus ſit, legatum valet. Ratio: quia de corpore, ſi conſtet, de nomine, vel demonſtratione non curatur, & ubi conſtat de ſubſtantia, non curatur de accidente. *l. 34. ff. de condit. & demonſt. Mant. n. 3.*

Dicta procedunt, niſi legati ſubſtantia deficiat. Hinc, ſi dicat teſtator: lego 100. quæ in arca ſunt, legatum non valet. *l. 51. de legat.* 1. vel ſi dicat: lego Titio 200. quos mihi debet, ſi nihil debeat, legatum perit. *l. 75. §. 2. ff. eod. Schmeid. & Schamb. hic. Harp. n. 7.*

§. Longe magis. 31.

32 Nota, quod cauſa exprimatur per dictionem, *quia*, vel *quoniam*. Conditio vero per *ſi*, vel *cum*. Modus vero per *ut*, quemadmodum diximus *in tit. 10. de nupt. verſ. ſecundum impedimentum dirimens eſt conditio.*

Quando igitur legatum relinquitur, adjecta falſa cauſa, propterea non vitiatur, veluti ſi teſtator ita ſcribat: Titio, quia negotia mea curavit, Stichum do, lego. Vel ita: Titio, quia ejus patrocinio capitali crimine liberatus ſum, centum do, lego: valet legatum, licet Titius mea negotia non curaverit, neque patrocinio ſuo me liberaverit. *text. hic.* Ratio; quia legatum eſt mera liberalitas, & nullam requirit cauſam. *Schamb. hic.* Niſi teſtator præciſe vi, & motivo illius cauſæ legaſſet, ita ut alias legaturus non fuiſſet, quod non præſumitur, ſed hæredi probare incumbet. *l. 72. §. falſam. ff. d. t. Mant. n. 4. Schamb. l. c.*

Quod ſi legatum relinquatur ſub conditione, ita ut cauſa ſit conditionaliter enunciata, tunc cauſa falſa vitiat legatum; deficiente enim conditione, deficit legatum: veluti ſi Titius negotia mea in Italia curaverit, lego ei centum; hic ſi negotia non curaverit, legatum non accipiet ex dicta ratione.

Idem,

Idem, quando non ſub conditione, ſed ſub modo cauſa adjecta eſt, veluti; lego Titio centum, ut hoc, aut illud faciat, hoc legatum peti non poteſt, niſi modus, ſub quo relictum eſt, fuerit adimpletus. *l. 17. in fine. ff. de condit. & demonſtrat. Schneid. n. 6. Harp. n. 7.*

In eo tamen maxime diverſum eſt legatum ſub conditione a legato ſub modo. Legatum enim ſub conditione perit, etiamſi conditio defecerit caſu fortuito, aut tertii facto, vel culpa, vel quocunque alio modo. *l. 10. ff. de condit. & demonſtrat. l. 4. C. de condit. inſert.* Contra, ſi per legatarium non ſtet, quo minus impleatur modus, legatum debetur, & ad hæredem tranſit, veluti legato Titiæ relicto, ut alicui nubat, ſi is nolit Titiam ducere, legatum nihilominus eidem Titiæ debetur. ſufficit enim per honorariam perſonam non ſtare, quo minus ſatisfiat modo, quocunque tandem caſu contingat, facultatem implendi modum deficere. *l. 1. c. de his, quæ ſub modo legata, &c. Harp. n. 8. hic.*

§. An ſervo. 32.

Caſus §. talis eſt: Titius hæres eſto, ſervo autem Titii lego mille. Q. *An legatum valeat?* ℞. pure inutiliter legari: quia idem eſſet debitor, & creditor, vel idem eſſet hæres, & legatarius, quod implicat. Creditor eſſet, & legatarius, quia quidquid ſervus acquirit, domino acquirit. debitor, & hæres eſſet, quia ipſe tanquam hæres illud debet præſtare.

Dices. Poteſt ſervus ante mortem teſtatoris alienari, vel manumitti; ergo adhuc poteſt valere legatum. ℞. *Neg. conſeq.* Quia obſtat regula Catoniana, quæ vult, quod ab initio non valet, tractu temporis non convaleſcere.

Dixi *pure:* quia ſub conditione tali ſervo legari poteſt; nam tunc attenditur eventus conditionis ante quem talis legati dies non cedit. *L. 5. §. 2. ff. quando dies legat. ced. Schamb. hic.*

§. Ex diverſo. 33.

Q. An ex diverſo valeat legatum a ſervo relictum domino, v. g. ſi ſervus hæres inſtituatur, & domino relinquatur legatum? ℞. valere: quia dominus idem hæres, & legatarius non fit; ſed dominus tantum eſt legatarius, non hæres, donec ſervus juſſu domini hæreditatem adierit, adeoque ſi ſervus fuerit manumiſſus, antequam juſſu domini hæreditatem adierit, ſervus ſibi acquirit hæreditatem, & dominus manet tantum legatarius. Plane ſervo adeunte juſſu domini hæreditatem, legatum infirmatur: quia res in eum ſtatum deducitur, ut idem ſit hæres, & legatarius. *Perez. Inſt. hic.*

§. Ante 34.

Cum hæredis inſtitutio ſit baſis & fundamentum teſtamenti, ideo ante hæredis inſtitutionem olim nec legata, nec libertates relinqui poterant, excepto teſtamento militis. Quia vero Imperatori videbatur incivile, ordinem ſcripturæ ſequi, teſtatoris vero voluntatem ſperni, maxime cum fideicommiſſa ante hæredis inſtitutionem relicta valerent, ſtatuit in *l. 24. C. de teſtam.* ante, & poſt, & inter medias hæredum inſtitutiones, legata, & multo magis libertates relinqui poſſe. *Schamb. & alii hic.*

§. Poſt morem. 35.

Olim poſt hæredis, legatariive mortem inutiliter legabatur, veluti: cum hæres meus mortuus fuerit Sempronio centum do, lego; aut Sempronio, cum mortuus fuerit, centum do, lego. Ratio: quia olim regula erat: *Actio, quæ contra nos viventes non capit, nec contra hæredes noſtros datur.* Sed Imperator iſta omnia correxit, & hujusmodi legatis firmitatem tribuit, ita, ut hodie talia legata ad inſtar fideicommiſſorum valeant, & ab hærede hæredis, vel legatarii exigi poſſint. *text. hic.*

§. Pœnæ. 36. & fin.

Olim pœnæ nomine inutiliter lega-
33 batur. Dicitur autem pœnæ nomine legari, quod coërcendi hæredis cauſa relinquitur, quo magis aliquid faciat, vel non faciat: veluti, ſi quis ita ſcripſerit: *Sejus mihi hæres eſto, & filiam ſuam Titio in uxorem dato: niſi hoc fecerit, Sempronio viginti ſolvito.* Vel ita: *Hæres meus, ſi ſervum Stichum non manumiſeris, Titio 10. dato.* Tale legatum non valebat. Ratio I. quia non debet eſſe in voluntate hæredis, ut legatum debeatur, vel non. *l. 32. ff. de hæred. Inſt.* II. Quia legata ex benevolentia, non odio hæredis procedere debent.

Verum hujusmodi ſcrupuloſitas Imperatori Juſtiniano non placuit, ideo conſtitutionem promulgavit *in. l. un. C. de his, quæ pœnæ nomine, &c* qua conceſſit, poſſe pœnæ nomine legari. Ratio: quia Reipubl. intereſt, ſuprema hominum judicia exitum habere. *l. 5. ff. quemadm. teſtam. apert.* Ratio alia: quia non videtur iniquum, ut is gravari poſſit, qui a teſtatore honoratus eſt. *Manz. n. 10. hic.*

Ad ℣. Exceptis.

Excipiuntur tamen ea, in quibus adjicitur pœnæ præcepto tali, quod continet aliquid impoſſibile, vel legibus interdictum, aut alias probroſum. Veluti: *Titius hæres eſto, & ſi in cœlum non aſcenderit, vel Danubium non ebiberit, dato Sempronio decem.* Hoc in caſu etiam neglecto teſtatoris præcepto Titius hæres erit, & nihilominus relictos 10. ſervabit. Ratio: quia

non

non fert ratio honeſtatis, eum præſtare pœnam, qui non facit, quod eſt extra ejus poteſtatem, aut Jura facere vetant.

Similiter, ſi teſtator ita ſcribat: *Si hæres meus liberos ſuos in teſtamento ſuo non præterierit, Sempronio centum dato.* Hæc pœna non adſtringit hæredem, quia legibus interdicta; quæ autem contra leges ſunt, nos facere non poſſumus. *l. 15. ff. de condit. Inſt.*

Denique ſi teſtator ita ſcribat: *Niſi filiam tuam duxeris, niſi matrem tuam verberaveris, niſi in foro nudus ſaltaveris, Sejo 20. ſolvito*; non ſtringit hæc pœna, quia probroſa eſt; nam quæ lædunt pietatem, exiſtimationem, & verecundiam, & generaliter quæcunque contra bonos mores ſiunt, nec facere nos poſſe credendum eſt. *d. l. 15. Mant. n. 22. & ſeqq. & Schneid. n. 3.*

Sed corruetne tale legatum, an habebitur conditio impoſſibilis pro non adjecta?

Libere dixeris, legatum valere, & conditionem impoſſibilem, aut probroſam haberi pro non adjecta. Ita aperte ſtatuit § *impoſſibilis. 10. de hæred. Inſt.* ubi ſcribitur, impoſſibilem conditionem haberi pro non adſcripta in ultimis voluntatibus.

At contrarium verius eſt, nimirum legatum corruere. *text. hic. in fine. hujusmodi enim teſtamentorum diſpoſitiones valere, ſecta meorum temporum non patitur.*

Ad §. *impoſſibilis. 10. R. cum diſtinctione:* conditio impoſſibilis habetur pro non adjecta, ſi apponatur honorato, *conc.* ſi gravato, *neg.* Clarius explicat *Zoeſ. ff. de his, quæ pœnæ nomine relinq.* ubi ait *d.* §. 10. accipiendum eſſe de addita conditione ei, cui relinquitur, i. e. honorato; hunc enim privari legato ex eo, quod conditionem non adimpleverit, iniquum eſt, cum non ſtet per eum, quod conditionem non adimpleat, ſed per rerum naturam, vel per rei turpitudinem. Secus eſt de conditione addita ei, a quo relinquitru, & qui jubetur præſtare quid impoſſibile, aut turpe, qui ideo non meretur pœnam, quia pœna culpam præſupponit, quæ hic nulla eſt. Vide etiam *Mant. n. 18. & Harp. n. 14.* qui uterque huic ſolutioni ſuffragatur.

TITULUS XXI.

De ademptione, & translatione legatorum.

SUMMARIA.

1. *Quid ſit ademptio legati?* 2. *Illa fit vel expreſſe, vel tacite.* 3. *Quid ſit translatio legati, & quot modis fiat?*

Cum nihil magis homini debeatur, quam ut liber ſit ſtylus voluntatis noſtræ, *l. 1. C. de ſac. Eccleſ.* & ideo ultima voluntas ſit ambulatoria uſque

 ad

ad extremum vitæ ſpiritum, *l. 4. ff. de adimend. legat.* ideo teſtator legatum ſemel relictum iterum adimere, vel
1 transferre poteſt. Ademptio nihil eſt aliud, quam *relicti, legati, vel fideicommiſſi revocatio.* Iſta ademptio fit dupliciter: *expreſſe, & tacite.* Expreſſe adimitur legatum, quando teſtator verbis contrariis, vel quibuscunque aliis, queis revocatoria voluntas ſufficienter demonſtratur, revocat, v. g.
2 *non do, lego,* &c. Illudque fieri poteſt tam in eodem, quam in alio teſtamento, imo etiam in codicillis: quia in legatis, & fideicomiſſis ſpectatur ut plurimum voluntas teſtatoris, quæ non minus codicillis, quam teſtamentis manifeſtatur. *Marx. n. 5.*

3 Illud obſerva, legata nonnunquam ope exceptionis, ſubinde ipſo Jure adimi.

Ipſo Jure adimuntur in eodem teſtamento, vel alio teſtamento perfecto, vel codicillis perfectis, ope exceptionis, ſi posterius teſtamentum ſolenne, & perfectum non fuerit. *Schneid. n. 12. Schamb. hic.*

Tacite adimitur legatum, quando non ex verbis, ſed ex facto aliquo voluntas teſtatoris revocatoria colligitur.

Quod tum contingit I. ſi inimicitiæ inter teſtatorem, & legatarium ſupervenerint, eæque graves, vel capitales fuerint: quia per hujusmodi inimicitias auffertur benefaciendi voluntas, niſi reconciliatio intervenerit. *l. 3. §. ult. & l. 22. ff. de ademend. legat.*

II. Si rem legatam teſtator voluntarie alienaverit, § 12 *de legat. & l. 18. ff. h. t.* tametſi a teſtatore res alienata redempta ſit. *l. 15 ff. de admen. legat*

III. Exactione debiti legati; ſi enim teſtator nomen, quod alicui legavit, a debitore exegerit, ademiſſe legatum præſumitur. *l. 11. §. 13. ff. de legat. 2.*

IV. Si legata deſtructa, ſeu diſſoluta fuerint ex voluntate teſtatoris. *l. 65. §. ult. ff. de legat. 1. Perez. hic. Harp. n. 12. & ſeqq.*

§. Transferri I.

II. Modus adimendi legatum eſt *translatio.* Quæ IV. modis fit. I. De perſona legatarii in legatarium, veluti: fundum, quem Titio legavi, nunc Sejo do, lego. II. De perſona ejus, qui juſſus eſt dare, ut alius det, veluti: quod legavi a primo hærede, nunc lego a ſecundo. III. De re ad rem, veluti quando teſtator pro fundo legato, jubet dare 100. aureos. IV. De præſenti tempore in conditionis eventum, ut quando id, quod pure relictum eſt, transfertur ſub conditione. *Schneid. n. 26.*

Quid ſi translatio de perſona in perſonam fiat, & iſte, in quem transfertur, non ſit capax legati? ℟. nihilominus priori legatum adimi. *l. 34. ff. de legat. 1.* quia translatio involvit ademptionem; ergo ſi non valet in vim translationis, valebit ſaltem in vim ademptionis, juxta illud: *Si id, quod ago, non valet, ut ago, valeat ſaltem, ut valere poteſt. Marx. n. 4. hic.*

TITU.

TITULUS XXII.

De lege Falcidia.

SUMMARIA.

1. *Quare Falcidia lex lata ſit?* 2. *Quid lege Furia, vel Voconia obtinuerit?* 3. *Quale tempus in aſſignanda legitima inſpiciatur?* 4. *Quomodo fiat computatio Falcidiæ?* 5. *Quæ imputentur in Falcidiam?* 6. *In quibus cauſis Falcidia locum habeat?*

CONNEXIO.

DIctum eſt in *præced. tit.* quod teſtator poſſit non ſolum diminuere, ſed etiam in totum adimere legatum, & in alium transferre. In hoc *tit.* declarat *Imperator*, qualiter, & quando per ipſum hæredem legata per teſtatorem relicta diminui poſſint. *Schneid. hic. n. 1.*

Ad princip.

1 Ad intellectum hujus principii ſcias velim, olim ex lege *XII. Tab* adeo liberam fuiſſe teſtandi, legandive ſcientiam, ut teſtator totum ſuum patrimonium legatis exhaurire potuerit, verba enim legis *XII. Tab.* iſta erant: *Uti quisque legaſſit de re ſua, ita Jus eſto. l. 120. ff. de V. S.* Verum, quia propterea multi inteſtati decedebant, quod hæredes inſtituti videntes ſe nihil, aut parum ex teſtamento conſecuturos, & nolentes abſque emolumento ſubire onera aliena, repudiabant hæreditatem. Ideo huic malo ut occurreretur, in gratiam teſtatorum, ne inteſtati morerentur, tres leges teſtamentariæ ad coërcendam nimiam legandi licentiam ſunt latæ.

2 I. Erat lex Furia, a Furio inventa, qua cautum erat, ne uni legatario plus relinqueretur, quam mille aurei. Verum huic legi facile fraus fiebat; nam ſi quis v. g. quinque millia aureorum in bonis habuiſſet, & ſcripſiſſet 5. legatarios, & cuilibet mille reliquiſſet, hic teſtator in legem Furiam non incidebat, & tamen patrimonium exhauriebatur legatis, ita, ut hæres ob nihil lucri hæreditatem repudiaret, & teſtator inteſtatus decederet.

Ideo, cum lex Furia frequenter eluderetur, lata eſt lex Voconia, a Voconio inventa, qua cautum erat, ne plus legatarius, quam hæres haberet; ſed hæc lex facile eludebatur. Nam ſi quis, cum centum ſolidos in bonis haberet, hæredem Sempronium inſtituiſſet, & 99. legatarios ſcripſiſſet, hic legem Voconiam non transgrediebatur teſtator, & tamen faciebat locum repudiationi, quia forte hæres ob unicum ſolidum hæreditatem adire noluit.

Quare cum neutra lex ex iſtis duabus ſat cauta fuiſſet, ideo noviſſime lata eſt lex Falcidia, non a falcando, ſed Falcidio Tribunoplebis dicta, qua cavetur, ne plus legare liceat, quam dodrantem totorum bonorum, i. e. 9 uncias, remanente quadrante apud hæredem, ſive unus, ſive plures inſtituti fuerint. *l. 1. ff. ad leg. Falcid. & text. hic.*

Itaque duo capita in ſe continet lex Falcidia. I. Conceditur libera poteſtas teſtandi, & relinquendi legata uſque ad dodrantem.

Altero cavetur, ut ultra dodrantem legare nemo poſſit: vel ſi plus legatum ſit, IV. pars legatis defalcetur, eamque retineat hæres. *d. l.*

§. Et cum. 1.

In hoc §. ponitur talis caſus: Quidam cum haberet in bonis 400 aureos, inſtituit duos hæredes, Titium, & Sejum, deinde nominatim a Titio legavit, dicens: *Damno te Titi, Sempronio dare 200. aureos, vel 190.* a Sejo vero nihil ſpecialiter legavit, vel tam parum legavit, ut legatum portionem Seji tantam, vel vix dimidiam diminueret, ut adeo ei adhuc reſtent 100. aurei.

Quæſtio nunc eſt: an, quia portio Titii tota legatis eſt exhauſta (ſi videlicet ponamus legatos fuiſſe ab eo 200. aureos) aut ſupra modum onerata, (ſi ponamus ab eo legatos eſſe 190. aureos) an poſſit Sejus de legato Sempronii aliquid defalcare? Videri poteſt, quod non. Ratio: quia dictum ſupra, ſufficere, ut quarta pars apud hæredes maneat, ſive unus, ſive plures fuerint; ſed in noſtro caſu manet adhuc quarta pars, nimirum centum aurei Sejo legari; ergo.

Sed hoc non obſtante, R. Titium poſſe tantum de Sempronii legato detrahere, ut quartam partem ſuæ portionis, ſcilicet 60. aureos ſalvos habeat. *text. hic. & in l. 77. ff. h. t.* Ratio: quia in ſingulis hæredibus ratio falcidiæ ponenda eſt.

Non obſtat ratio dubitandi, quia procedit tunc tantum, quando ſimpliciter legata relinquuntur, ut, ſi teſtator Titio, & Sejo hæredibus in 400. aureis inſtitutis, ſic ſcribat: Sempronio 300. aureos do, lego. Hoc enim caſu non magis gravat unum, quam alterum, & quilibet habet ſalvam quartam falcidiæ.

§. Quantitatis. 2.

Ut exacte ſciatur, quæ ſit quarta ex lege falcidia, competens univerſa patrimonii quantitas diligenter ſpectari debet, h. e. quantum in bonis habeat, teſtatur. Verum cum frequenter accidat, ut bona teſtatoris tempore mortis minora, vel majora ſint, quam tempore aditæ hæreditatis; ideo hic

3 Q. *Quale tempus in ratione legis Falcidiæ ineunda conſiderari debeat?* R. quod quantitas patrimonii ſpectetur tempore mortis. Ratio: quia legata cedunt a tempore mortis, & ipſo Jure minuuntur per falcidiam. *l. 37. §. 5. & l. 26. ff. ad leg. falcid.* ſicuti ergo de-

debitum nec augetur, nec minuitur, ſi debitoris bona augeantur, vel minuantur, ita legatum poſt tempus mortis nec augetur, nec minuitur.

Ex quo infertur: Si inter mortem, & aditam hæreditatem quid vel acceſſit, vel deceſſit bonis hæreditariis, id totum hæredi, non legatariis decedere, vel accedere. Ut res magis clarificetur, fac, quod aliquis tempore mortis tantum 100 aureos in bonis habuerit, & 100 aureos, adeoque omnes legaverit. Hoc in caſu extra aleam dubitationis poſitum eſt, hæredem poſſe ex ratione falcidiæ detrahere 25 ita, ut 75. legatario reſtituat. Sed quid, ſi intermedio tempore ante aditam hæreditatem tantum acceſſerit hæreditati, (forte per ſervos hæreditarios, aut ex partu ancillarum hæreditariarum, aut ex fœtu pecorum) ut hæres quartam falcidiæ haberet, licet nihil de legatis 100. aureis? ℟. hæredem detrahere falcidiam de 100. aureis legatis, i. e 45. aureos, & una cum iſtis omne lucrum retinere. Ratio: quia omne commodum, & incommodum hæreditatis a morte teſtatoris ad hæredem velut ad dominum pertinet, non ad legatarios. *Mem. n. 4.* Et hoc in caſu, quo poſt mortem teſtatoris hæreditati aliquid acceſſit. Jam

Fac ex diverſo, quod is, qui 100. aureos in bonis habuit, tantum 75. legaverit, hoc in caſu iterum extra dubium eſt, quod hæres nihil amplius poſſit defalcare a legatis, quia ſuam quartam ſalvam habet. Sed quid, ſi ante hæreditatem aditam tantum deceſſerit de hæreditate, (forte incendio ædium, naufragio mercium, morte ſervorum) ut non amplius, quam 75 aurei, vel multo minus ſuperſit? ℟. quod hæres nihil amplius poſſit detrahere, ſed teneatur ſolida legata præſtare. Ratio: quia qui ſentit commodum, ſentiat & onus, & imputet ſibi, quod non citius adierit hæreditatem. *Mem. n. 5.*

Dixeris: Sic erit nimis damnoſum, & moleſtum hæredi legata integra ſolvere, & nihilominus moleſtias percipere. ℟. hoc ei damnoſum non eſſe; quia liberum eſt hæredi non adire hæreditatem; proinde conſultum eſt legatariis, tali in caſu paciſci, ſive tranſigere cum hærede, ut is accepta aliqua portione hæreditatem adeat, & legata præſtet, ne forte non adita hæreditate nihil illi conſequantur. *Harp. n. 3. hic.*

§. Cum autem fin.

4 Q. in hoc §. Quomodo computatio, & ratio legis falcidiæ ineunda ſit? ℟. *Imperator*, quod, quando ad diviſionem venitur, ut conſtet, quantum hæredi nomine falcidiæ, & quantum legatariis nomine legati debeatur, ante omnia deducendum ſit I. æs alienum. II. funeris impenſæ, hæc enim æri alieno comparantur. III. pretia ſervorum manumiſſorum, ſive pretia pro ſervis redimendis relicta. Ratio eſt favor libertatis.

His omnibus deductis, tunc demum ſpectandum eſt, quantum ſuperſit, id enim patrimonium putatur. Igitur ex reſiduo quadrans, ſive quarta pars hære-

hæredi relinquenda, tres vero partes inter legatarios pro rata portionis legatæ diſtribuendæ ſunt. *Harp. hic n. 10.* quod ut clarius fiat,

Pone: teſtator deductis deducendis 400. aureos habuit in bonis, & 400. aureos legavit. Hic quarta pars ſuæ partis ſingulis legatariis detrahitur, ita, ut hæres 100 aureos conſequatur, & legatarii 300.

Rurſus finge: teſtator, qui 400. aureos in patrimonio reliquit, 350. adeoque ſupra dodrantem, legavit. Hoc caſu primum hæres ex voluntate teſtatoris detrahit octavam, id eſt 50. aureos, qui ex 400. ſuperſunt, & octavam partem 400 aureorum efficiunt. Deinde hæres etiam ex beneficio legis legatariis ſingulis pro rata portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit, tantum detrahit], ut alia 50. atque ſic in univerſum 100. quartam ſcilicet partem bonorum defuncti habeat.

Iterum, & denique pone: teſtator, qui 400. aureos in bonis habuit, aureos 500 legatis erogavit. Hic primo omnium quinta pars, h. e. 100. aurei, qui patrimonium excedunt, detrahuntur: quibus detractis adhuc 400. ſuperſunt, poſtea ſingulis legatariis quarta pars ſuæ partis inſtitutionis aufertur, quæ nomine Falcidiæ cedit. *text. hic.* & *Harp. n. 1.*

Et iſta ſunt, quæ pro declaratione *textus* obſervari oportet. Lubeat modo rupto ordine nonnihil altius in hanc materiam excurrere. Itaque

5 Q. *Quæ imputentur in Falcidiam?* R. ea duntaxat imputari, quæ Jure hæreditario ad hæredem pervenerunt. Sive, ut clarius loquar, quæ hæres accipit, *qua hæres.* Unde id, quod Jure legati, fideicommiſſi, aut conditionis implendæ cauſa accipit, v. g. ſi teſtator dixit: *Lego Cajo 1000. ut hæredi meo Sejo 100. ſolvat*, ſi Cajus 100. ſolverit, hi non imputantur in Falcidiam. *Morn. de teſtam. tit. 12. q. 43. n. 13. & text. apert. l. 91. ff. ad leg. Falcid.* ubi Martianus in hæc verba reſpondit: *In quartam hæreditatis, quam per legem Falcidiam hæres habere debet, imputantur res, quas Jure hæreditario capit, non quas Jure legati, vel fideicommiſſi, vel implendæ conditionis cauſa accepit; nam hæ in quartam non imputantur, ſed in fideicommiſſaria hæreditate reſtituenda; ſive legatum, vel fideicommiſſum datum ſit hæredi, ſive præcipere, vel deducere, vel retinere juſſus eſt, in quartam id ei imputatur.* En, in *hoc textu* aperta *differentia* ſtatuitur inter Falcidiam, & Trebellianicam, videlicet iſta, ut in Falcidiam ea duntaxat imputentur, quæ hæres Jure hæreditario capit: in Trebellianicam autem etiam ea, quæ ex voluntate teſtatoris proveniunt, imputentur. Sed quæ eſt *ratio differentiæ? Harp. n. 14.* hanc aſſignat: quia lex falcidia quartam hæreditatis partem apud hæredem manere jubet; ergo nihil, quod non eſt hæreditarium, poterat in falcidiam imputari. SCtum vero Trebellianum voluit ſimpliciter apud hæredem remanere quartam partem ex fideicommiſſis; ergo quidquid fideicommiſſi nomine hæres habuerit, id ei in quartam partem imputabitur. Ut ut ſua non careat ſoliditate hæc differentiæ ratio, mihi tamen non placet, proinde iſtam aſſi-

aſſigno: quia ſcilicet penes hæredem legatis gravatum totum onus hæreditatis manet, non vero penes hæredem fideicommiſſo gravatum, cum hic actiones tam activas, quam paſſivas in fideicommiſſatium transmittat, & tantum quoad quartam Trebellianam onus, i. e. actiones ſuſtineat. Adeoque prior merito ſublevatur, ut ea duntaxat imputet, quæ Jure capit hæreditario. *Zoeſ. ff. ad SCt. Trebell. n. ult. Perez. Inſtit. de fideicommiſſ. hæred. & ad SCt. Trebell.*

Dices: Legata, & fideicommiſſa hodie per omnia exæquata ſunt; ergo ſicuti in falcidiam tantum ea imputantur, quæ hæres Jure hæreditario capit, ita & in Trebellianam. ℞. *Diſt. ant.* legata, & fideicommiſſa particularia per omnia exæquata, ſunt *conc.* univerſalia, *neg.* Trebelliana autem deducitur a fideicommiſſo univerſali. *l. 1. & tot. tit ff. ad SCt. Trebell. Harp. n. 15. hic.*

6 Q. II. *In quibus cauſis falcidia locum habeat?* ℞ non tantum locum habere in legatis, ſed etiam I. in fideicommiſſo particulari. Ratio: quia legata, & fideicommiſſa particularia per omnia exæquata ſunt. *l. 1. ff. de leg. 1. Schneid. n. 14. Harp. prin. h. t. n. 14. Diſſent. Zoeſ. ff. ad leg. Falcid. n. 7.* II. In donatione mortis cauſa, ſi hæres non habeat quartam. *l. 5. C. h. t.* III. In legatis ab inteſtato præſtandis. *l. 10. C. h. t.* IV. In donatione inter vivos, quæ morte confirmantur. *l. 12. C. eod.* ut eſt regulariter in donationibus inter virum, & uxorem, quæ non valent, niſi morte confirmentur. *l. 25. C. de donat. int. vir. & uxor. Schneid. loc. cit. n. 12. Zoeſ. n. 4. & 5. loc. cit.*

Q. III. *An non lex Falcidia aliquando ceſſet?* ℞. in multis caſibus ceſſare. I. Ratione privilegii in milite teſtante. *l. 7. C. h. t.* II. Facto teſtatoris, ſi hodie expreſſis verbis detractionem hanc prohibuerit. *Nov. 1. cap. 2. & auth. ſed cum teſtator. C. h. t.* Dixi *hodie*, olim enim hanc detractionem prohibere non poterat. *l. 15. § 1. & ult. ff. h. t.* Ratio, quare in hoc caſu Jus vetus correctum ſit, eſt hæc: ut rata, & inviolata ſervetur teſtatoris voluntas. *d. Nov. 1. §. ſi vero expreſſit.*

Dices: Sic hæres non adibit hæreditatem, & per conſequens voluntas teſtatoris corruet. ℞. quod in caſu recuſantis hæredis adire hæreditatem admittatur ſubſtitutus, legatarii, fideicommiſſarii, venientes ab inteſtato, &c. *Zoeſ. ff. h. t. n. 29.*

II. Ceſſat detractio falcidiæ, facto hæredis, ſi non fecerit inventarium, & hæreditatem adierit. *L. fin. §. 12. C. de Jure deliber.* Ratio: quia Jura præſumunt ab hærede jam fuiſſe detractam falcidiam. *Zoeſ. loc. cit. n. 73.*

IV. Si ſcienter integra legata ſolverit, putans, ſe teneri de Jure. *l. 1. C. h. t.* Dico *ſcienter*: nam ignorantia dabit repetitionem, quatenus eſt facti, quia hæc probabilis eſt; ſi fuerit ignorantia Juris, ceſſat repetitio, hæc enim improbabilis, & intolerabilis eſt. *l. 9. C. h. t. Zoeſ. n. 31. & Schneid. n. 20. hic.*

V. Si dos prælegata fuerit uxori a marito. *l. 57. ff. h. t.* Ratio: quia uxor recipiendo legatum dotis, recipit

cipit id, quod ſuum eſt. *Schamb. hic. Zoëſ. n. 42.*

Illud obſerva pro coronide, quod propterea, quia legata aliqua a detractione falcidiæ immunia ſunt, reliqua legata non graventur, ſed falcidia de iis duntaxat pro rata detrahatur. Ratio: quia alias privilegium conceſſum aliquibus legatis nihil operaretur. *Schamb. in fine hic.*

TITULUS XXIII.

De fideicommiſſariis hæreditatibus, & ad SCtum Trebellianum.

SUMMARIA.

1. Fideicommiſſa alia ſunt univerſalia, alia particularia. 2. Quid ſit fideicommiſſum univerſale? 3. Olim fideicommiſſa non valuere. 4. Hodie non poſſunt relinqui, niſi capacibus teſtamenti factionis paſſivæ. 5. Relinquuntur teſtamento, codicillis, & ab inteſtato. 6. Si in teſtamento relinquantur, neceſſaria eſt directi hæredis inſtitutio. 7. Poſſunt pure, ſub conditione, & ex certo tempore relinqui. 8. Fiduciarius hæres etiam poſt reſtitutam hæreditatem hæres manet. 9. Quid ſit quarta Trebellianica? 10. Si hæres fiduciarius non velit ſponte adire hæreditatem, poteſt cogi. 11. Ceſſat Trebellianica, ſi hæres in certa aliqua re particulari inſtitutus eſt. 12. Quomodo ab inteſtato relinquantur fideicommiſſa? 13. Fideicommiſſarius, ſi reſtituere rogatus eſt, an etiam deducat Trebellianicam? 14. Quando fideicommiſſum ſine teſte valeat?

Ad Princip.

1 Poſtquam actum eſt de inſtitutione directa, & legatis, agendum modo de obliqua, & fideicommiſſis. Quia autem fideicommiſſa alia ſunt *univerſalia*, alia *particularia*, ideo priori loco de univerſalibus nobis ſermo erit.

§. Sciendum. 1.

2 Univerſale fideicommiſſum eſt: *Quando univerſum patrimonium per interpoſitam perſonam alicui relinquitur*: ut, quia teſtator primo loco inſtituit directum hæredem, & ejus fideicommittit, ut retenta quarta, aditam hæreditatem alteri reſtituat, qui vocatur *fideicommiſſarius hæres*, qui autem rogatus eſt reſtituere, vocatur *fiduciarius hæres. Schamb. hic.* Jam in ordine ad noſtrum §.

3 Sciendum, olim omnia fideicommiſſa infirma fuiſſe. Ratio eſt in *textu*: quia nemo invitus cogebatur præſtare id, de quo rogatus erat.

Re-

Relinquebantur autem fideicommiſſa ſolum iis, quibus alias directe in teſtamento aliquid relinqui non potuit, v. g. *ſpuriis, inceſtuoſis, deportatis, peregrinis, &c.* Et ſi tali perſonæ per verba obliqua ab hærede quid relictum fuerit, non tenebatur hæres ullo vinculo Juris ad reſtitutionem, ſed tantum pudore quodam; quia turpe ſalrem erat, & grave, fidem fallere. Propter quam rationem poſtea D. *Auguſtus* ſemel atque iterum juſſit, ut conſules ſuam authoritatem interponerent, & *cogerent fiduciarios hæredes fideicommiſſariis* præſtare ea, quæ rogati eſſent reſtituere. *text. hic.* ergo.

4 Sed circa hunc §. hodie duo ſunt immutata. I. Ut fideicommiſſum non liceat relinquere iis, qui directo hæredes inſtitui nequeunt *l. 1. C. de hæred. Inſt.* Ratio: quia legata, & fideicomiſſa per omnia exæquata ſunt. Sed legare non licet, niſi iis, cum quibus eſt teſtamenti factio. §. 14. *Inſt. de legat.*

II. Hodie non amplius extra ordinem per implorationem officii nobilis perſequimur fideicommiſſa, ſicut olim, ſed ordinariis actionibus, videl. fideicomiſſum univerſale per fideicommiſſariam petitionem hæreditatis. *tot. tit. ff. de fideicommiſſ. petit. hæred. Manz. n. 17.*

Dices: Si hodie perſonis incapacibus non poſſunt relinqui fideicommiſſa, tunc erunt omnino inutilia: nam ad quid vellem capacem per obliquum inſtituere, quem poſſum directe inſtituere? R. ad hoc fideicommiſſa prodeſſe, quia hæreditas directo ex certo tempore non poteſt relinqui. §. 9. *Inſt. de hæred. Inſt.* poteſt tamen relinqui per fideicommiſſum, v. g. *ut poſt decennium Titio reſtituatur. Manz. n. 18.*

§. In primis, 2.

5 Fideicommiſſa trifariam relinqui poſſunt: *Teſtamento, Codicillis, & ab inteſtato.* De fideicommiſſis, quæ teſtamento relinquuntur, agitur in *h. tit.* De illis, quæ codicillis relinquuntur, agitur in §. 2. *infra de codicill.* de iis vero, quæ ab inteſtato relinquuntur, agitur in §. 10. *infra h. t.* Et quidem, ſi quis velit in teſtamento relinquere fideimmiſſum, opus eſt, ut aliquis directus hæres inſtituatur, qui adeat hæreditatem. Ratio: quia inſtitutio hæredis eſt caput, & fundamentum teſtamenti, quo corruente, totum teſtamentum corruit, conſequenter etiam fideicommiſſa corruunt. *Manz. n. 6.* Formulæ vero fideicommiſſi tam univerſalis, quam particularis ſunt variæ. Hodie verborum ſolennitas non attenditur, ſed qualiber verba, voluntatem teſtatoris declarantia, ad fideicommiſſum apta videntur. *l. 2. C. commun. de legat.* Si quis tamen ita dixerit: *Commendo tibi Titium*, non erit fideicommiſſum *arg. l. 78. §. 8. ff. ad SCtum Trebell.* Non tamen neceſſe eſt, ut teſtator totam hæreditatem per fideicommiſſum relinquat; nam & de parte reſtituenda hæredem rogare poterit. Idem enim Juris de parte, quod de toto. *l. 76. ff. de R. V. Harp. n. 6. & 7.* 6

7 Quin & liberum eſt teſtatori vel pure, vel ſub conditione, imo ex certo die, v. g. *rogo te hæres, ut poſt quinquennium hæreditatem Titio reſtituas*, relinquere fideicommiſſum. *text. hic.*

Dices: Non poteſt alicui ex certo die relinqui hæreditas directo, ut ſupra §. 9 *de hæred. Inſt.* traditum; ergo nec per fideicommiſſum. *R. Conc. ant. neg. conſeq.* Ratio diſparitatis: quod in inſtitutione directa decederet quis pro parte temporis teſtatus, pro altera inteſtatus, quod eſt contra regulam Juris *in l. 7. ff. de R. I.* In fideicommiſſaria id non fit: hæres enim inſtitutus ſemper manet hæres, licet hæreditatem reſtituat. §. *ſeqq.* Ratio rationis: quia hæredem eſſe, eſt Juris, reſtitutio facti; illa autem, quæ ſunt facti, non tollunt ea, quæ ſunt Juris. *Schamb. hic.*

§. Reſtituta 3.

8 Tametſi fideicommiſſario reſtituta ſit hæreditas, is tamen, qui reſtituit, adhuc hæres permanet, ex dicta ratione: quia hæredem eſſe eſt Juris, reſtitutio eſt facti; ea vero, quæ ſunt facti, non tollunt ea, quæ ſunt Juris; ergo & ſemel hæres nunquam deſinit eſſe hæres. *l. 7. §. 10. ff. de minor.* Is vero, cui reſtituitur hæreditas, *i. e.* fideicommiſſarius, aliquando hæredis, aliquando legatarii loco habetur.

Et quidem ſi tota hæreditas ei eſt relicta, & reſtituta, tunc habetur *loco hæredis.* Si vero tantum pars bonorum, vel res aliqua particularis relicta eſt, habetur *loco legatarii. Harp. n. 5. & Mont. n. 3.*

Dices: Si hæres ſemper hæres permanet, ſequitur, quod adhuc ſit obſtrictus, & obligatus legatariis, & creditoribus defuncti, quod ab iis poſſit conveniri, &c. Item, quod debitores defuncti ſibi habeat obligatos, & ſolus ab iis debita exigere poſſit. *R.* ſequelam omnino veram eſſe. Hæc tamen res correctionem recepit, ut mox audiemus.

§. Et Neronis 4.

Quia hæres inſtitutus, etiam reſtituta hæreditate, remanebat hæres, cogebatur omnia ſubire onera hæreditaria: & hinc fiebat frequenter, ut hæres hæreditatem adire recuſaret: Ideo SCtum Trebellianum Neronis Imperatoris temporibus, Trebellio Maximo, & Annæo Seneca Conſulibus factum, & cautum eſt, ut actiones omnes tam activæ, quam paſſivæ, quæ alias ſpectato Jure non niſi hæredi, & in hæredem dabantur, fideicommiſſario, & in fideicommiſſarium absque ulla ceſſione darentur. Quod quia in actionibus directis, utpote adhærentibus contrahentium oſſibus, fieri non poterat: ideo Prætor SCtum de utilibus actionibus ſentire, & has utiles, non directas, ei & in eum dandas eſſe, interpretatus eſt Ex quo colligitur, quod fideicommiſſarius, reſtitutione ſibi ex hoc SCto facta, hæredis loco ſit. *Schamb. hic.*

Dices:

Dict. Si directæ actiones manent penes hæredem, adhuc poterit convenire, & conveniri. R. poſſe omnino, ſed actionem directam exceptione reſtitutæ hæreditatis elidi. Et quidem ſi totam hæreditatem fideicommiſſario reſtituerit, quoad totam hæreditatem exceptione hac utetur. Si partem, pro parte reſtituta exceptione gaudet, quoad alteram partem ipſe ſuſtinebit onera. *Mant. n. 5. & 6.*

§. Sed quia 5. & 6.

Etſi SCtum Trebellianum bene conſuluerit hæredibus, eo quod in fideicommiſſarium onera transferret: non tamen ſatis conſuluit teſtamento, & voluntati teſtatoris, & ipſi fideicommiſſario. Nam quia hæredes ſcripti, cum aut totam hæreditatem, aut maximam ejus partem reſtituere rogarentur, adire hæreditatem recuſarent, ob nullum vel modicum lucrum fiebat, ut extinguerentur omnino fideicommiſſa, & teſtatores ſine hæredibus decederent. Hærede enim hæreditatem non adeunte, deſtituitur teſtamentum, & neque legata, neque fideicommiſſa amplius valent. *l. 9. ff. de teſtam.* Quare poſtea Veſpaſiani Auguſti temporibus, cum Pegaſus, & Puſio conſulatum gererent, aliud SCtum factum eſt (ab authore ſuo Pegaſianum dictum) quod IV. capita continebat. I. erat, quod hæres rogatus poterat retinere quartam, & illam de fideicommiſſis detrahere, ſicut licet de legatis falcidiam detrahere. II. Quod propter illam quartam, quam retinebat, ſolus onera hæreditaria ferebat, ita, ut fideicommiſſarius pro legatario partiario, qualis ille fuit, cui pars bonorum legabatur, haberetur, niſi inter ipſum, & fideicommiſſarium ſtipulationes de oneribus, & commodis hæreditariis utrinque pro rata dividendis, interpoſitæ eſſent. *text. hic.* III. Quod rogato nolente retinere quartam, ſed integram hæreditatem reſtituente, interponebantur per nummum imaginarium *ſtipulationes empta, & vendita hæreditatis*, per quas hæres directus reddebatur ſecurus, nec cogebatur ſubire onera hæreditaria. Stipulatio autem inter emptorem, & venditorem talis erat, quod emptor promittebat admittere omnia onera hæreditatis. IV. Caput erat, quod ſi hæres ſcriptus ſuſpicabatur hæreditatem fore damnoſam, aut alia ex cauſa recuſabat adire, ut varii ſunt affectus, & voluntates hominum, ac fideicommiſſarius poſtulabat, ut adiret ſcriptus hæres hæreditatem, poterat hic juſſu Prætoris cogi ad adeundam, & reſtituendam hæreditatem. Quo in caſu nulla ſtipulationum forma opus erat. Statim enim ſecurus reddebatur, cum omnes actiones tranſirent in fideicommiſſarium, & ipſe coactus hæreditatem adiiſſet. Verum iſta omnia exoleverunt, uti mox patebit, proinde non multum attendenda.

§. Sed quia. 7.

Diximus in §. *præced.* IV. olim fuiſſe capita SCti Pegaſiani; ſed *Imperator* hic explicat, quatenus retento primo, & quarto capite, ea in SCtum Trebellianum transfuderit, atque ex duobus SCtis unum fecerit, quod Trebellianum vocari juſſit. Ratio eſt in textu: quia iſtæ ſtipulationes & ipſi antiquitati diſplicebant, utpote captioſæ.

9 *Quid ergo hodie obtinet?* ℞. ſi ſcriptus hæres ſponte adiens hæreditatem rogatus fuerit, aut totam hæreditatem, aut ſupra dodrantem reſtituere, licitum eſt ei vel quartam totam, vel quod quartæ deeſt, ex conſtitutione Imperatoris retinere (quæ proin vocatur quarta Trebelliana) aut ſi eam fideicommiſſario per errorem facti ſolverit, repetere, quo in caſu pro rata portione actiones, & onera inter hæredem, & fideicommiſſarium dividentur. *text. hic.*

Ad verſ. Si vero.

Si hæres ſponte totam hæreditatem reſtituat, non retenta quarta, tunc omnes actiones hæreditariæ in fideicommiſſarium tranſeunt, & hæres ab omnibus oneribus eſt liber: quia tunc fideicommiſſarius loco hæredis eſt.

Ad ℣. Sed etiam.

10 Colliges ex hoc ℣. quod hæres ſcriptus, ſi recuſaret hæreditatem adire, petente fideicommiſſario cogi poſſit adire, & ſibi totam hæreditatem reſtituere, ita tamen, ut omnes actiones ad fideicommiſſarium, & contra eum transferantur.

Ubi tamen obſerva, tria concurrere debere, ut hæres cogi poſſit ad adeundam hæreditatem.

I. Quod fideicommiſſarius caveat hæredi de reſarciendo damno, ſi aliquod incurrat ex aditione hæreditatis. II. Quod fideicommiſſarius ſit capax fideicommiſſi. Nam hodie fideicommiſſum relictum ei, qui non habet teſtamenti factionem paſſivam, non valet, ſed defertur tunc ad fiſcum. *Schneid. n. 10. hic.* III. Quod ſit fideicommiſſum univerſale, non autem particulare, quia legatarius non poteſt cogere hæredem, ut adeat hæreditatem *l. 16. §. & generaliter. ff. ad SCt. Trebell. Schneid. loc. cit. hic.*

§. Nihil 8.

Quæ diximus obtinere in reſtitutione fideicommiſſorum, ſi quis ex aſſe hæres inſtitutus, aut totam hæreditatem, aut pro parte reſtituere rogatur, eadem quoque obtinent, ſi quis ex parte hæres inſtitutus totam eam partem, aut partem partis reſtituere rogatur, v. g. Si teſtator ita ſcribat: *Sejum in quadrante hæredem inſtituo, & rogo te Sej, ut illum quadrantem,*

tem, quam primum adierit, Mævio reſtituat. In hoc caſu æque poteſt quartam partem de quadrante deducere, vel totum quadrantem fideicommiſſario reſtituere, & in eum moleſtias, & onera rejicere. Ratio: quia quod in toto, quoad ipſum totum, ſancitum eſt, idem in parte quoad partem ipſam cenſendum. Si itaque quadrans ille conficeret, & contineret 800. fl. poſſet hæres 200. retinere, reliquos cum ſuo onere Mævio reſtituere. *Manz. hic.*

§. Si quis una. 9.

11 Si quis una aliqua re particulari deducta, quæ quartam continet, jubeatur reliquum reſtituere, ut ſi teſtator dicat: *Sempronium hæredem inſtituo, & rogo te Semproni, ut accepta, vel deducta re ſingulari, v. g. domo, hæreditatem Titio reſtituas:* non poteſt aliam quartam deducere, ſed perinde tenetur reſtituere, ac ſi quartam nomine hæreditario haberet. *text. hic.* Ratio: quia æque multum, imo plus lucri habet.

Ad ℣. Sed illud.

In hoc tamen differt fiduciarius, qui certam aliquam rem pro Trebelliana deducere juſſus eſt, ab illo, qui juſſus eſt, a tota hæreditate ſuam quartam detrahere, quod prior habeatur loco legatarii, ita, ut habeat illam rem abſque omni onere hæreditario, poſterior non etiam: quia ſcinduntur actiones, & pro dodrante transferuntur ad fideicommiſſarium, pro quadrante vero remanent apud hæredem, *text. hic.*

Quid ſi hæres juſſus eſt unam certam rem deducere, in qua maxima pars hæreditatis continetur? ℞. quod adhuc fiduciarius eam ſine omni onere habeat, ita, ut omnia onera, & actiones in fideicommiſſarium transferat; ne tamen invitus oneribus ſubjiciatur, poteſt fideicommiſſariis deliberare, an expediat ſibi reliqua bona cum onere reſtitui. *Schneid. & Manz. hic.*

§. Præterea. 10.

12 Actum de fideicommiſſo relicto in teſtamentis. Sequitur de eo, quod ab inteſtato relinquitur, v. g. *Si quis hæredem ab inteſtato ſucceſſurum in codicillis roget, ut hæreditatem, vel totam partem alteri reſtituat.* Quo caſu etiam SCto Trebelliano locus erit. Ratio vero dubitandi videtur fuiſſe ea: quod nemo debeat gravari, qui non eſt honoratus: hæredes autem ab inteſtato non videntur eſſe honorati. Verum ℞. quod etiam hos teſtator honoret, eo quod alium per teſtamentum non inſtituat, quemadmodum poſſet. *Schamb. hic.*

Non tantum fideicommiſſa, ſed etiam legata hodie ab inteſtato relinqui poſſunt: quia legati, & fideicommiſſi natura confuſa eſt. Dico *hodie*; olim enim legata ab inteſtato relinqui non poterant: quia erant acceſſoria ad teſtamentum, adeoque ſine principali non potuere ſubſiſtere. *Manz. n. 6. & 7.*

§. Eum

§. Eum quoque II.

13 Ipſe quoque fideicomiſſarius rogari poteſt, ut id rurſus, quod ſibi relictum vel pro parte, vel in totum, vel etiam aliud quid reſtituat alteri. Ratio nulla eſt alia, quam ut cuſtodiatur voluntas teſtatoris. Et hoc hodie frequenter fit in fideicommiſſis perpetuis familiæ; ubi ſpecialiter ſenior de familia gravatur fideicomiſſum in familia conſervare, & poſt mortem ſuam alteri futuro ſeniori reſtituere. *Mant.n. 3. & 4.*

Q. *An etiam tunc fideicommiſſarius iterum quartam detrahere poſſit?* R. *negative;* tum quia non eſt textus, tum quia ratio inductiva quartæ ceſſat, cum jam ſit adita hæreditas, & ſic teſtator non moriatur inteſtatus. Limitatur, ſi hæres fiduciarius in gratiam fideicommiſſarii eam non detraxerit, tum enim is detrahere poterit. *l. 1. §. Neratius. 19. ff. h. t. Schamb. hic.*

§. Et quia finalis.

Proponitur in hoc §. Jus novum a *Juſtiniano Imperatore* introductum, videl. fideicomiſſum etiam ſine teſtibus, aut ſcriptura relictum valere, de quo extat *in l. ult. C. de fideicom.* Nam ante hanc conſtitutionem fideicomiſſa non niſi 5. teſtibus munita relinqui poterant. *L. ult. §. C. de Codicill.* Ex illa autem conſtitutione talis poteſt figurari caſus.

14 Teſtator vocavit ad ſe ſuum hæredem ab inteſtato, vel cum jam antea feciſſet teſtamentum, hæredem in eo inſtitutum, & illum rogavit, remotis omnibus arbitris, ut Sempronio poſt teſtatoris mortem totam hæreditatem, vel partem aliquam reſtitueret. Sempronius id reſcivit, & mortuo teſtatore ab hærede fideicommiſſum petit, hæres negat ſuæ fidei quidquam commiſſum eſſe. Sempronius, quia ſine ſcriptura, & teſtibus fideicommiſſum relictum eſt, ſufficienter id probare non poteſt. Q. quid Juris? R. quod fideicommiſſarius Sempronius poſſit hæredi deferre juramentum, præſtito tamen prius juramento calumniæ, quod ſemper cogitur præſtare is, qui alteri defert juramentum *l. 24. §. qui jusjurandum. ff. de jurejur.* Et tunc aut cogitur hæres jurare, non eſſe relictum fideicommiſſum, aut ſolvere; nec poteſt tale juramentum fideicommiſſario referre, ſed recuſans jurare, habetur pro confeſſo. Item non poteſt confugere ad ſolennitates Juris Civilis, & opponere, quod voluntas teſtatoris non fuerit ſolennis propter mendacium præcedens. *d. l. fin.*

Si vero ab initio confitetur fideicommiſſum relictum eſſe, ſed excipit de minus ſolenni voluntate, tunc auditur *l. 23. C. de fideicom. Schneid. hic.* in foro tamen poli fideicommiſſum præſtare tenetur, quia conſtat de voluntate teſtatoris, ex qua conſurgit obligatio naturalis.

TITULUS XXIV.

De ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis.

SUMMARIA.

1. *Definitur fideicommiſſum particulare.* 2. *Non tantum res ſua, ſed etiam aliena legari poteſt.* 3. *Libertas an per fideicommiſſum recte relinquatur?* 4. *Quibus verbis relinquantur fideicommiſſa?*

1 ACtum eſt de fideicommiſſo univerſali, ſequitur nunc de particulari. Eſt autem fideicommiſſum particulare, *quando res aliqua ſingularis, ut equus, ſcyphus, &c. per interpoſitam perſonam alicui relinquitur.* Hoc fideicommiſſo particulari gravari poteſt non tantum hæres, ſed etiam *fideicommiſſarius, tam univerſalis, quam particularis, & in genere omnis, qui honoratus eſt, etiam legatarius*, quamvis olim a legatario legari non potuerit. Ratio: quia legata imperative, v. g. *jubeo, mando, damnas eſto, &c.* fideicomiſſa precative relinquuntur, ſoli autem hæredi imperare, rogare autem quemlibet poſſumus. Dixi *olim*, cum enim hodie legata fideicommiſſis exæquata ſint, §. 3. *Inſt. de legat. l. 2. C. commun. de leg.* etiam a legatario legatum relinqui poteſt. *Schamb. & alii hic.*

§. Poteſt autem. 1.

2 Sicut quælibet res in commercio teſtatoris, ſive hæredis, ſive etiam aliena ſit, legari, ita etiam eædem per fideicommiſſum relinqui poſſunt; ubi ſi res aliena relicta fuerit, tenetur gravatus, ſicut in legatis, eam emptam, vel ſi redimi non poſſit, communem rei illius æſtimationem præſtare; ratio non eſt alia, quam quod legata fideicommiſſis exæquata ſint. *Menz. n. 4.*

Illud tamen obſervandum eſt, quod nemo in plus gravari poſſit, quam a teſtatore *honoratus* eſt. Unde ſi teſtator ita ſcripſerit: Titio 50. do, lego, rogo autem te, Titi, ut 100 reſtituas Cajo, quoad exceſſum ultra 50. fideicommiſſum inutile eſt. Ratio: quia nemo in plus gravari poteſt, quam a teſtatore honoratus eſt. *text. hic.* Sed valetne fideicommiſſum quoad 50? ℞. *affirmative, ne utile per inutile vitietur. cap. 37. de R. I. in 6.*

Obj. l. 70. §. 1. ff. de legat. 2. ubi dicitur: quod ſi legator legaverit alicui certam quantitatem pecuniæ, & legatarium gravaverit, ut alteri fundum aliquem, qui in valore ſuo quantitatis pecuniarum legatum excedit, reſtituat, non liberetur legatarius, ſi velit veram fundi æſtimationem, vel tantum partem fundi pro modo quantitatis legatæ præſtare, ſed teneatur ad fundum præſtandum, licet hic plus valeat, quam quantitas legata, ergo poteſt quis in plus gravari, quam honoratus eſt. ℞. non mirum eſſe in caſu *d. l. 70. §. 1.* legatarium ad præſtationem fundi teneri; quia accipiendo pecuniam ea conditione ſibi relictam, ut ex rebus ſuis aliquid præſtaret, intelligitur per

Nnn acce-

acceptationem pecuniæ rem ſuam non pluris æſtimaſſe, quam quanta illa pecunia eſt. Ideoque fundum præſtando non cenſetur plus præſtare, quam ex teſtamento acceperit. *Harp. n. 5. hic.*

§. Libertas. 2.

3 Libertas quoque per fideicommiſſum relinqui poteſt, non tantum ſervo proprio, ſed etiam alieno, quo caſu manumittere rogatus tenetur eum emere, & manumittere; quod ſi autem venalis non ſit, differtur, quoad poſſit redimi, & manumitti; dominus enim non tenetur eum vendere, niſi ille ex judicio teſtatoris quid acceperit, tunc enim eum vendere tenetur. Eſt autem differentia, an ſervo per legatum, an per fideicommiſſum libertas relicta ſit? Priori enim caſu fit libertus teſtatoris, dicturque Orcinus, aut Plutonicus, quaſi libertus ejus, qui ivit ad Plutonem, vel orcum.

Non poteſt autem directo dari libertas, niſi ei, qui & teſtamenti, & mortis tempore in poteſtate teſtatoris eſt; qui enim per fideicommiſſum libertatem relictam habet, cum eam per manus tertii acquirat, ejus libertus efficitur. *Schamb. hic.*

§. Verba fin.

4 Docet in hoc §. *Imperator*, per quæ verba poſſint fideicommiſſa relinqui. Non enim curatur, an ſint præceptiva verba, ut *mando, volo, &c.* vel rogativa, ſeu precaria, veluti *rogo, peto, &c.* quia potius voluntas, quam verborum ſolennitas attenditur. Plane verba commendatitia vim fideicommiſſi non habent: aliud enim eſt, perſonam commendare; aliud, voluntatem ſuam fideicommittentis hæredibus inſinuare. *Harp. hic.* Deinde debet certum aliquid determinate relinqui, quod non fit per verbum *commendo. Munz. n. 5.*

TITULUS XXV.

De Codicillis.

SUMMARIA.

1. *Quid ſit codicillus?* 2. *Codicilli fiunt cum teſtamento, & ſine teſtamento?* 3. *Quomodo cum teſtamento fiant?* 4. *Item quomodo ab inteſtato?* 5. *Enumerantur requiſita codicillorum.* 6. *Quæ ſit differentia inter teſtamentum, & codicillos?* 7. *In codicillis directe non poteſt dari hæreditas.* 8. *Quibus modis codicilli confirmentur?* 9. *An inſtitutio hæredis in codicillis directe facta trahatur in fideicommiſſum?* 10. *Teſtamentum ob præteritionem nullum virtute clauſulæ codicillaris ſuſtinetur in vim fideicommiſſi.*

CONTINUATIO.

1 Hucuſque ſufficiat dixiſſe de majoribus ultimis voluntatibus, quæ teſtamenta nuncupantur. Nunc ſequitur de minoribus ultimis voluntatibus, quæ codicilli appellantur. Codicil-

dicillus autem nihil eſt aliud, quam *ultima voluntas minus ſolennis, abſque inſtitutione hæredis, de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit, coram 5. teſtibus declarata.* Ita accurate *Schneid. n. 3.* Germano idiomate codicillus definitur: Ein Codicill iſt ein Begriff eines letzten Willens, darinn kein Erb eingeſetzet, noch die Zierlichkeit eines Teſtaments gebraucht, ſondern allein Particular-Geſchäfft von denen Geſchäfften verordnet werden. *Manz. hic. n. 3.*

Ad Princip.

In hoc principio traditur origo codicillorum. Nam ante Auguſti tempora in uſu non fuerunt; ſed quia Auguſtus implevit voluntatem Lucii Lentuli, ſcriptam in codicillis, & filia Lentuli ſolvit legata per patrem in codicillis relicta, Auguſtus adhibuit in conſilium JCtum Trebatium, cum quibusdam aliis ſapientibus viris, an uſus codicillorum eſſet recipiendus? Quibus viſum eſt, non ſolum utiliſſimum, ſed etiam neceſſarium, propter magnas, & longas peregrinationes, ut, cum teſtamenta, forte propter deficientem numerum teſtium, aliqui facere non poſſent, eis codicillos facere liceret. *Schneid. n. 8.*

§. Non tamen. 1.

2 Pro pleniori hujus §. intellectu notandum eſt, codicillos duobus modis fieri poſſe: cum teſtamento, & ſine teſtamento.

3 Cum teſtamento fiunt codicilli, quando quis facit & teſtamentum, & ſimul codicillos. Quod tribus modis fieri poteſt.

I. Ante teſtamentum. II. Poſt teſtamentum. III. In ipſo teſtamento.

Ante teſtamentum fiunt codicilli, quando teſtator primo fecit codicillos, & poſtea teſtamentum. Et licet olim ante teſtamentum facti non valerent, niſi per teſtatorem in teſtamento ſeq. expreſſe eſſent confirmati, *text. hic.* hodie tamen valent, ſive ante, ſive poſt teſtamentum conditum fiant. Ac etiamſi in teſtamento expreſſe non fuerint confirmati, tamen ipſo Jure confirmari cenſentur, niſi expreſſe appareat teſtatorem mutaſſe voluntatem, & eos revocaſſe. Ratio: quia præſumitur teſtator perſeveraſſe in priori voluntate. Quod enim non mutatur, quare ſtare prohibeatur? *l. 27. C. de teſtam. Manz. n. 11.*

Poſt teſtamentum fiunt codicilli, quando primo fecit teſtamentum, & poſtea codicillos; & ſi expreſſe in eo confirmantur, dicuntur eſſe confirmati in futurum, veluti ſi dicatur in teſtamento ſolenni: *Codicillos, quos faciam, valere volo*; confirmatio tamen neceſſaria non eſt, uti dictum.

In ipſo teſtamento fiunt codicilli, quando quis facit teſtamentum, & ſimul in ſubſidium codicillos, ut tunc demum valeant codicilli, cum teſtamentum non poſſit valere, ut teſtamentum; quia forte ſunt adhibiti tantum ſex teſtes, & adjecta eſt clauſula codicillaris: *Si non valet Jure teſtamenti, volo, ut valeat, tanquam codicillus, & omni meliori modo, quo valere poteſt.* Ex quo

Colliges differentiam inter codicillos ante teſtamentum, poſt teſtamentum, & in ipſo teſtamento factos. Nam quando teſtamentum eſt nullum, tune

etiam codicilli ante, & poſt teſtamentum facti corruunt, quia ſunt acceſſorium, & omne eorum Jus ex teſtamento pendet. *L. 16. ff. de jure Codicill.* Codicilli vero in teſtamento, i. e. in ſubſidium teſtamenti facti, irrito facto teſtamento non corruunt, ſed incipiunt tunc habere ſuam vim, & firmitatem.

4 II. Fiunt codicilli ſine teſtamento ab inteſtato, cum teſtator ſimpliciter facit codicillos, non condito teſtamento. Et iſti codicilli per ſe ſtant, nec habent dependentiam a teſtamento, neque requirunt tacitam, vel expreſſam confirmationem in teſtamento, cum ſine teſtamento fiant, & vicem teſtamenti obtineant. Et ſicut teſtamentum in ſcriptis, & ſine ſcriptura, ita codicilli ad ſimilitudinem teſtamenti, tam in ſcriptis, quam ſine ſcriptis fieri poſſunt, modo decedens convocatis 5. teſtibus exponat, & declaret, quid poſt mortem ſuam fieri velit. *Schweid. 28. Praux. Inſt. hic. n. 5.*

5 Q. *Quid ergo ad codicillum requiratur, quæ ſolennitas, quæ forma?* R. I. requiri, ut is, qui codicillatur, habuerit codicillandi poteſtatem. Poteſt autem ille ſolus, & illi omnes codicillos facere, qui & teſtamentum condere poſſunt. Unde qui teſtari prohibentur, etiam a poteſtate codicillandi coërcentur. *l. 6. § 3. ff. h. t.*

II. Ut adhibeantur 5. teſtes: quia in omni ultima voluntate requiruntur ad minus 5. teſtes. Non autem requiritur, ut teſtes ad hoc ſint ſpecialiter rogati, ſufficit enim, quod fortuito advenerint. *L. fin. C. de Codicill.* Imo & fœminam in codicillis teſtem adhiberi poſſe, verius obtinet *Harp. §. ult. h. t. n. 2.*

III. Si codicilli facti fuerint in ſcriptis, neceſſaria eſt teſtium ſubſcriptio, non tamen requiruntur eorum ſigilla. *Schweid. n. 38.*

§. Codicillis. 2.

6 Præcipua inter teſtamentum, & codicillos hoc loco traditur differentia, videl. quod in codicillis hæreditas directo dari non poſſit, niſi miles ſit. *l. 36. ff. de teſtam. milit.* & quia contrariorum eadem eſt diſciplina, neque in iis hæreditas poteſt adimi, aut exhæredatio ſcribi. Ratio eſt in *textu:* ne confundatur Jus teſtamentorum, & codicillorum, h. e. ut differentia aliqua ſit inter teſtamentum, & codicillos.

7 Dixi *directo*, nam per fideicommiſſum hæreditas in codicillis relinqui poteſt, v. g. hoc modo: *Rogo te hæres mi, ut, cum primum adieris hæreditatem meam, eam Sejo reſtituas, & reddas.* Et in hoc caſu hæres, retenta quarta Trebelliana, tenetur ad reſtituendam hæreditatem fideicommiſſario. *L. ab inteſtato. 16. ff. de jure codicill.* Ratio porro, quare directa inſtitutio poſſit fieri in teſtamento, non vero codicillis, iſta eſſe videtur: quia per hæreditatem directam transfertur familia, quæ Juris Civilis eſt, ut actu Civili tantum, i. e. teſtamento transferri, fideicommiſſum vero ex Jure naturali, & æquitate profluat, ut etiam per codicillos relinqui poſſit. *Schamb. hic.*

Ad ℣. Nec conditionem.

Sicut directo in codicillis non licet inſtituere, ita quoque non licet directo ſubſtituere, & ita ſcribere: *Si Titius non erit, Cajus hæres eſto.* Ratio: quia ſubſtitutio eſt ſecunda hæredis inſtitutio. Deinde ſicut hæreditas non poteſt ſimpliciter adimi in codicillis, ita quoque non poteſt hæredi in teſtamento inſtituto in codicillis conditio adjici, dicendo: *Titium, quem in teſtamento hæredem eſſe juſſi, hæredem eſſe volo, ſi navis ex Aſia venerit.* Ratio, quia in defectum conditionis videtur quis cogitaſſe de ademptione hæreditatis. Itaque rejecta conditione, hæres tamen ſuccedet, ac ſi pure inſtitutus eſſet. *l. 6. ff. de Jure codicill. Mant. n. 9.*

§. Codicillos. fin.

II. Differentia, qua diſcernitur teſtamentum a codicillis, eſt, quod non liceat facere plura teſtamenta, ut ſimul valeant; poteſt tamen aliquis facere plures codicillos diverſi tenoris, ita, ut omnes valeant. Ratio differentiæ: quia in teſtamento univerſa hæreditas, quæ eſt una, codicillis vero res ſingulæ, quæ ſunt plures, relinquuntur. *Mant. n. 1. & Harp. n. 2.*

III. Differentia inter teſtamentum, & codicillum eſt, quod teſtamentum multis ſolennitatibus debeat eſſe inſtructum. Codicilli autem nullam (quam particulam negativam non ita intellige, ut penitus nulla ſolennitas requiratur, ſed non tanta, quanta in teſtamento) ſolennitatem deſiderent. *text. hic.*

Et iſta ſunt, quæ pro declaratione textus in hoc titulo ſunt neceſſaria. Verum cum adhuc aliqua ſint ſcitu digna, ideo prolixius in *b[...]* lubeat excurrere. Itaque

8 Q. I. *Quibus modis codicilli infirmentur?* ℞. iiſdem modis codicillos infirmari, quibus teſtamenta, præſertim ſi fuerint facti cum teſtamento; tunc enim, corruente principali, i.e. teſtamento, corruit etiam acceſſorium, i. e. codicilli *l. 1. C. h. t.* nam omne Jus, & totum codicilli ex teſtamento dependet, ut dictum ſupra. Itaque ſi hæreditas ex teſtamento non adeatur per ipſum hæredem ſcriptum, neque legata in codicillis debentur. *l. ſi quis. §. fin. ff. de jure codicill.*

Codicilli ab inteſtato iiſdem modis extinguuntur, quibus teſtamenta. Excepto unico caſu: nam agnatione poſthumi codicilli ab inteſtato non rumpuntur. *l. ab inteſtato. 16. ff. eod.* Et in hoc differunt codicilli ab inteſtato a codicillis cum teſtamento factis.

Sicut enim teſtamentum agnatione poſthumi rumpitur, ita & codicilli cum teſtamento facti *l. 1. C. h. t.* Codicilli autem ab inteſtato ſic non rumpuntur, quia & tunc poſthumus ab inteſtato cenſetur rogatus præſtare legata in codicillis. *Schneid. 1. hic.*

Q. II. Si directo in codicillis inſtituatur hæres, an actus nihil operetur, 9 h. e. an voluntas teſtatoris non ſuſtineatur tanquam relicta verbis obliquis, ita, ut venientes ab inteſtato cenſeantur rogati, deducta Trebellianica, eiſdem hæreditatem inſtituto in codicillis reſtituere? ℞. Papinianus *in l. 13. §. 1. ff. de*

ff. de jure codicill. ubi ita ſcribit: *Tractari ſolet de eo, qui cum tabulas teſtamenti non feciſſet, codicillis ita ſcripſit: Titium hæredem eſſe volo. Sed multum intereſt, utrum fideicommiſſariam hæreditatem a legitimo per hanc ſcripturam, quam codicillorum inſtar habere voluit, reliquerit, an vero teſtamentum facere ſe exiſtimaverit: nam hoc caſu nihil a legitimo peti poterit.* Ex quo inferunt Interpretes; ſi de voluntate conſtet defuncti, quod is vere codicillos facere voluerit, inſtitutionem directe in codicillis factam, flecti in obliquam. Cujus ratio eſt hæc: quia cum teſtator ſciat, in codicillis hæredem inſtitui directe non poſſe, vel ſcire debeat, & defunctus non cenſeatur ludere voluiſſe, ideo leges flectunt verba directa in obliqua.

Sin vero is teſtamentum facere voluit, & non complevit, tum nihil valet, ex ratione · quia *id, quod voluit, non potuit; & quod potuit, non voluit. l. 1. ff. eod.* Niſi clauſula codicillaris (v. g. ſi non valet, ut teſtamentum, valeat ut codicillus, vel valeat omni meliori modo, quo de Jure valere poteſt) appoſita ſit, tum enim valebit Jure codicilli, niſi probetur eam clauſulam a Notario citra teſtatoris juſſum eſſe appoſitã. *Schamb. hic. Schneid. n. 1. §. 2. h. t.*

Q. III. & ultimo: *An teſtamentum ob præteritionem ſui hæredis nullum, virtute clauſulæ codicillaris ſuſtineatur?* Negant *Manz. tract. de teſtam. tit. 8. ampliat. 29. Harp. § 1. h. t. n. 25. Fach. l. 4. cap. 11.*

Moventur: quia talis clauſula non operatur vim fideicommiſſi, ſi teſtamentum ſit inofficioſum. *l. Titia. 23. ff. de inoff. teſtam.* ergo nec operabitur, ſi teſtamentum ſit nullum; ſed placet, ſuſtineri in vim fideicommiſſi. *Schamb. hic.*

Prob. I. per *l. 76. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* ubi dicitur, quod clauſulæ codicillaris ea ſit vis, ut omnino valeat id, 10
quod relictum eſt; atqui etiam tali caſu valere poterit, ſi dicamus *ſuum præteritum*, utpote hæredem legitimum eſſe rogatum, ut hæreditatem illam hæredi ſcripto reſtituat; ergo.

Prob. II. ex *l. generaliter 24. §. ex teſtamento. ff. de fideicommiſſ. hæred.* ubi dicitur, ex teſtamento, quod agnatione poſthumi ruptum eſſe conſiſtit, neque directas libertates petere, neque fideicommiſſarias deberi, *ſi quas non a legitimis quoque hæredibus paterfam. reliquerit.* Ergo ſi a legitimis quoque hæredibus reliquerit, competent, atqui per clauſulam codicillarem cenſetur a legitimis quoque hæredibus reliquiſſe; *d. l. 16.* ergo.

Ad rationem dubitandi. *R. ant. verum eſſe de Jure veteri.* Ratio datur a lege · eo quod in teſtamento inofficioſo cenſeantur *quaſi a demente eſſe relicta*, a quo relicta non valent. Dixi de *Jure veteri*; nam hodie per querelam ſola inſtitutio reſcinditur, cætera namque firma manent. *auth. ex cauſa. C. de lib. & poſth.* ut proinde hodie etiam inofficioſum teſtamentum vigore clauſulæ codicillaris in vim fideicommiſſi valere, non inepte dixeris. Habes itaque, Auditor ſtudioſiſſime (ut hoc anno me facturum adſpondi) completum in II. Inſtitutionum Imperialium Librum (qualis qualiſcumque ſit) Commentarium. Tu facias, velim, ut in fine II. Libri ſcientia Juris nulli ſis ſecundus.

FINIS LIBRI II.

2511567 D

Digitized by Google

Digitized by Google

B. 17.4.30
BNCF